J. rom. Mat
222 n 15,2

<36607485200017
<36607485200017
Bayer. Staatsbibliothek

# Ausbeute

von

# Nachforschungen

über verschiedene

# Rechtsmaterien.

Von

Dr. F. C. Gesterding.

Fünften Theiles zweite Abtheilung.

Greifswald,
bei C. A. Koch.

1836.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Inhalt.


| | | Seite |
|---|---|---|
| I. | Die Agnosie im Rechtsgebiet (Fortsetzung) . . . . . . | 1 |
| II. | Vom Beweise der Unwissenheit und des Irrthums, imgleichen des guten Glaubens . . . . . . . . . . . . . | 29 |
| III. | Zur Lehre vom Besitz . . . . . . . . . . . . . . | 53 |
| | 1. Ueber den Grundsatz: Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest . . . . . . . . . . . . | 55 |
| | 2. Possessio precaria . . . . . . . . . . . . . | 68 |
| IV. | Die Lehre vom Gewohnheitsrecht . . . . . . . . . . | 93 |
| V. | Vom Beweise einer Gewohnheit . . . . . . . . . . . | 199 |
| VI. | Kleinere Abhandlungen . . . . . . . . . . . . . | 225 |
| | 1. Von der Bedingung überhaupt und dem Einfluß derselben auf rechtliche Geschäfte . . . . . . . . . . | 227 |
| | 2. Von der Vertheidigung des Bürgen gegen den Gläubiger und den Mitteln, die auf diesen Zweck gerichtet sind . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . | 235 |
| | 3. Beitrag zur Lehre von der Delegation . . . . . . | 242 |
| | 4. Ueber Scheidung der Protestanten von Katholiken . . | 250 |
| | 5. Neuer und besserer Beweis in der Appellationsinstanz | 258 |
| | 6. Ueber das Recht, unter mehreren Strafen zu wählen | 267 |

# I.

## Die Agnosie im Rechtsgebiet.

### Fortsetzung.

---

# Zweiter Theil.

## Die Agnosie bei Verbrechen und Strafen.

### §. 1.

### Unwissenheit und Irrthum in Ansehung des Strafgesetzes.

Wenn von Bestrafung gesetzwidriger Thaten die Rede ist, kommt vor allen Dingen zur Frage, ob der Thäter den Willen hatte, die That hervorzubringen, die das Gesetz verboten hat, oder ob er ohne seinen Willen, durch Uebereilung, Unvorsichtigkeit u. s. w. gefehlt hat.

Hier entsteht nun der Zweifel, ob bei jener Frage Mangel der Kenntniß des Strafgesetzes oder Irrthum in Ansehung desselben in Betrachtung kommen könne. Die Rechtsgelehrten pflegen von der Unwissenheit und dem Irrthum des Rechts zu lehren, beide schlössen den Dolus aus; bei Verbrechen aber, bei welchen auch die Culpa gestraft werde, sey der Handelnde, der die Kenntniß des Strafgesetzes zu erwerben versäumt habe, wegen der Culpa strafbar. Die Criminalisten pflegen daher die Unwissenheit und den Irrthum, namentlich in Ansehung des Rechts, zu den verschiedenen Arten zu rechnen, wie die Culpa sich äußert. Damit stimmt es überein, was namentlich Kleinschrod

lehrt, die Kenntniß des Strafgesetzes und das Bewußtsein, daß man unrecht handle, gehöre zum Wesen des Dolus. Dieser bestehe in dem Willen, das Gesetz zu übertreten; er sey eine vorsätzliche Nichtachtung des Gesetzes [1]).

Diese Meinung ist wenigstens in einem gewissen Sinne gegründet. Nämlich die Römer würden das nicht *dolus*, wenigstens *malus* genannt haben, wenn Jemand ein Strafgesetz übertritt, was er nicht kannte, insofern er dabei glaubt, eine erlaubte Handlung zu verrichten; allein auf den römischen Sprachgebrauch kann es hier vor der Hand noch nicht ankommen. Wenn wir zuvörderst die Grundsätze aufsuchen wollen, welche die Natur der Sache darbietet, dann müssen wir die Frage so stellen: Kann bei dem Unterschiede zwischen Verbrechen, die mit Vorsatz begangen sind, und solchen, die in einer bloßen Unvorsichtigkeit ihren Grund haben, die Kenntniß des Gesetzes, welches die Handlung verboten oder sie mit Strafe bedroht hat, von Einfluß seyn?

Nach meinem Ermessen muß diese Frage in der Regel verneint werden. Es kann Jemand, der das Strafgesetz unwissend übertreten hat, unter besonderen Umständen straflos seyn, aber ob er mit der vollen gesetzlichen Strafe zu belegen oder gelinder zu bestrafen sey, auf die Beantwortung dieser Frage ist jener Unterschied ohne allen Einfluß. Und wenn auch in einzelnen Fällen durch Unkunde der Gesetzwidrigkeit dolus ausgeschlossen wird, — in welchen, wollen wir im folgenden §. untersuchen — so kommt doch der eigentliche Unterschied zwischen dolus und culpa hier niemals in Betrachtung, und Verbrechen, die der Un-

---

[1]) Kleinschrod Grundbegriffe des peinl. Rechts, 1. Theil §. 14 folg., imgl. §. 135.

kunde wegen zu den durch Dolus begangenen nicht zu rechnen sind, können deshalb noch nicht zu den culposen gerechnet werden.

Wenn man die aufgeworfene Frage richtig beantworten will, so muß man zuvörderst zwei Fragen von einander absondern, nämlich, ob Jemand den Vorsatz gehabt habe, die That zu begehen, die das Gesetz verboten hat, — und ob er wegen dieser That bestraft werden könne. Der Vorsatz besteht in dem Willen, die Wirkung hervorzubringen, die das Gesetz durch Verbot und Strafdrohung verhütet wissen will. Diesen Willen kann man haben, auch wenn man nicht weiß, daß sie verboten ist. Hat man überhaupt den Willen gehabt, die That zu begehen, so hat man ihn nicht weniger gehabt, wenn man das verbietende und strafdrohende Gesetz auch nicht gekannt hat. Ein eigener auf Uebertretung des Gesetzes gerichteter Wille — dieser würde Kenntniß des Strafgesetzes voraussetzen — ist überall nicht erforderlich. Selbst wer das Gesetz gekannt hat, übertritt es nicht, um es zu übertreten, — und sollte ja in einzelnen Fällen ein solcher Vorsatz vorhanden seyn, so würde seine Schuld und Strafbarkeit dadurch nicht vermehrt werden; — er will nur die That begehen, ungeachtet des Gesetzes; das Gesetz hält ihn nur nicht zurück, den ohne Rücksicht auf dieses gefaßten Willen, die That zu begehen, zur Ausführung zu bringen. Damit man sagen könne, daß ein gewisses Verbrechen mit Vorsatz begangen sey, ist nichts erforderlich, als der Wille, die Wirkung hervorzubringen, die nach der Absicht des Gesetzes nicht geschehen soll. Dieser Wille, dieser Vorsatz ist von der Kenntniß des Strafgesetzes unabhängig; er bezieht sich auf die That, macht einen Theil derselben aus und läßt das Gesetz bei Seite liegen. Das vorhandene

oder fehlende Bewußtseyn der Gesetzwidrigkeit kann auf die Strafbarkeit von Einfluß seyn; aber bei Erörterung der Frage, ob die That mit oder ohne Vorsatz verübt sey, ist es ein fremdartiges Element, etwas von dem Willen, die verbotene That zu begehen, Geschiedenes. Das Bewußtseyn gehört dem Erkenntnißvermögen, der Wille dem Begehrungsvermögen an. Kurz, die Kenntniß des Strafgesetzes und die Unkunde und der Irrthum in Ansehung desselben haben mit Vorsatz und Unvorsichtigkeit, Uebereilung u. s. w. nichts, gar nichts zu schaffen.

Wer aber das verbietende Gesetz nicht gekannt hat, dem kann nichts zur Last gelegt werden, wenn er eine Handlung beging, von der er nicht wußte, daß es ihm nicht erlaubt war, sie zu begehen. Und war dieses verbietende Gesetz ein strafdrohendes, so kann er nicht bestraft werden. Denn ein Verbot, was nicht zu seiner Kenntniß gekommen ist, war für ihn nicht vorhanden und es ist ganz einerlei, ob ihm keine Strafe gedroht war, oder ob er nichts davon erfahren hat. Die Drohung mit der Strafe sollte für ihn ein Beweggrund seyn, die Handlung zu unterlassen, überhaupt sich dem Gesetz gemäß zu verhalten; weil er diese Drohung verachtet hat, rächt sich das beleidigte Gesetz an ihm. Wie konnte aber eine Drohung auf sein Verhalten von Einfluß seyn, die ihm unbekannt blieb?

Allein, die Entschuldigung, er habe das Gesetz nicht gekannt, wird dem Verbrecher nur in den seltensten Fällen zu Gute kommen können. Wir haben gesehen, wenn ein Gesetz auf die verfassungsmäßige Art bekannt gemacht ist, so kann Niemand sich mit der Unwissenheit entschuldigen. Nun ist es mit einem Strafgesetz gerade wie mit einem anderen Gesetz, namentlich wie mit einem anderen Zwangs-

gesetz. Man muß es kennen, und hat man es unwissend übertreten, so kommt die Unkunde uns nicht zu Gute, um uns von der verwirkten Strafe frei zu machen oder auch nur etwas davon abzudingen. Nach der Regel: *Ignorantia juris nocet* kann die Unkunde des Gesetzes nicht machen, daß Jemand mit der verwirkten Strafe verschont bliebe. Er muß vielmehr ganz eben so behandelt werden, als hätte er das Gesetz gekannt. Wenn wir die Sache von dem Standpunct aus betrachten, den der Rechtsgelehrte nehmen muß, so fehlt es selbst an der Voraussetzung, ohne welche die Unkunde des Gesetzes den Verbrecher nicht entschuldigen kann, es fehlt — an der Unbekanntschaft mit dem Gesetz, indem eine verschuldete Unwissenheit der Kenntniß gleich steht. Soll Jemand nach einem gewissen Gesetz gerichtet werden, so wird weiter nichts vorausgesetzt, als daß das Gesetz auf ihn Anwendung findet, und dieß setzt wieder voraus, nicht durchaus nothwendig, daß er das Gesetz gekannt habe, sondern daß es auf die verfassungsmäßige Art bekannt gemacht ist. Hat er dann die Gelegenheit versäumt, das Gesetz kennen zu lernen, dieses kann ihm nicht zu Statten kommen. Nur, wenn Jemanden nicht möglich war, das Gesetz kennen zu lernen, wenn seine ignorantia *invincibilis* war, nur dann würde das Gesetz — für ihn nicht geschrieben seyn.

Wer ein gehörig bekannt gemachtes Gesetz nicht kennt, weil er die Gelegenheit versäumt hat, es kennen zu lernen, der trägt nur die Folgen seiner eignen Schuld, wenn er mit der Entschuldigung, er habe das Gesetz nicht gekannt, — die ihm sonst allerdings zu Statten kommen müßte — nicht gehört wird; deshalb kann man diesen Fall nicht zu den Fällen der Culpa rechnen und ihn nicht so behandeln, als

gehörte er dazu. Man kann, wenigstens im Allgemeinen, nicht sagen, daß einer, der ein Gesetz übertritt, was er nicht kannte, es aus Mangel an Vorsicht oder Behutsamkeit übertreten habe; man kann es ihm zwar zur Schuld anrechnen, daß er das Gesetz nicht kannte, aber die Handlung der Uebertretung ist eine für sich bestehende Handlung, die er vielleicht auch vorgenommen haben würde, wenn er das Gesetz gekannt hätte. Nimmt man diese Art von Uebertretung des Gesetzes für Culpa an, so müßte Jemand zugleich in dolo und in culpa seyn, zugleich wollen und nicht wollen können. Wer das Gesetz nicht gekannt hat, der hat zwar nicht den Willen gehabt, das Gesetz zu übertreten, er hat aber doch die Handlung begehen wollen, die das Gesetz verboten hat — und darauf kommt es an —; er hat nicht bloß, wie derjenige, dem Culpa zur Last fällt, die Wirkung hervorgebracht; er hat sie auch, wie beim Dolus, hervorbringen wollen. Dieß ist eine ganz andere Art von Schuld, als was man unter Culpa zu verstehen pflegt. Es ist eine Schuld, die nur nebenher und nur mittelbar zur Sprache kommt, die nicht den Grund der Strafbarkeit enthält und sich sehr gut mit voller Anwendung des Gesetzes verträgt, in allen diesen Rücksichten aber von der culpa verschieden ist. Es bezieht sich damit nicht auf die strafbare That, sondern auf das Strafgesetz und auf die Frage, ob dieses auf die Handlung überhaupt anzuwenden ist. Wenn die Frage aufgeworfen wird, ob ein gewisses Gesetz auf eine gewisse Handlung anzuwenden sey, so kann es unter andern in Betrachtung kommen, ob der Handelnde das Strafgesetz gekannt hat, und wenn er es nicht gekannt hat, ob ihm die Unkunde zu Gute zu halten sey. Je nachdem die Beantwortung dieser Vorfrage so oder anders aus-

fällt, muß er entweder oder nicht bestraft werden. Wenn nun die aufgeworfene Frage dahin beantwortet worden, wie das Gesetz auf ihn anwendbar sey, indem die Unwissenheit ihn nicht schützen könne, weil es nur an ihm gelegen, das Gesetz kennen zu lernen und bloß in dieser Hinsicht seine Schuld in Betrachtung gezogen ist, wird dann die Hauptfrage aufgeworfen, welche Strafe er durch seine Handlung verwirkt habe. Und hier kann es nun zur Sprache kommen — nicht etwa auf's Neue, sondern zuerst: hat er die gesetzwidrige That hervorbringen wollen oder nicht, war er also *in dolo* oder nur *in culpa*. — Den Thäter, der in Ansehung des Gesetzes unwissend war, dem aber diese Unwissenheit nicht zu Gute gehalten wird, den trifft die Strafe des Gesetzes, und zwar bald die volle, bald eine verminderte, je nachdem die Antwort auf die zuletzt erwähnte Frage so oder anders gelautet hat. Er wird nicht bestraft wegen seiner Schuld, nicht deshalb, weil er unterlassen hat, sich mit dem Gesetz bekannt zu machen, sondern wegen Uebertretung des Gesetzes auf eben die Art, wie jeder Andere, entweder als einer, der es mit Vorsatz, — oder als einer, der es aus Unvorsichtigkeit übertreten, je nachdem das Eine oder Andere der Fall ist. Denn die Fragen sind ganz von einander abgesondert, ob Jemand das Strafgesetz kannte — und ob er mit Vorsatz oder aus Unvorsichtigkeit gegen das Gesetz gehandelt hat.

Auf keinen Fall läßt es sich rechtfertigen, wenn einer, der das Gesetz unwissend übertreten hat, mit einer gelinderen Strafe als der gesetzlichen bestraft wird. Eine Milderung der Strafe aus diesem Grunde kann niemals Statt finden. Er muß entweder mit der vollen Strafe oder gar nicht bestraft werden. In der Regel muß er die volle

Strafe erleiden. Denn, wenn die Unwissenheit ihm nicht zu Gute gehalten werden kann, was bleibt dann übrig, als — das Gesetz auf ihn anzuwenden? Sind aber Gründe vorhanden, die seine Unwissenheit oder seinen Irrthum entschuldigen — und der Irrthum, wenn er glaublich gemacht werden könnte, sollte in dieser Sphäre immer und wenigstens viel eher, wie die bloße Unwissenheit, entschuldigen — so kann er wegen Uebertretung des Gesetzes gar nicht bestraft werden. Die bloße Unterlassung aber, sich mit dem Gesetz bekannt zu machen, ist nirgends mit Strafe bedroht. —

Der Grundsatz, wie die Unwissenheit des Gesetzes von der Strafe nicht befreien könne, ist auf Fremde, wie auf Einheimische anzuwenden. Ich mögte sogar behaupten, so paradox es auch im ersten Augenblick scheinen mag, daß einem Fremden die Unkunde des Gesetzes noch weniger, wie einem Einheimischen zu Gute gehalten werden kann. Denn dem Einheimischen mußte das Gesetz bekannt gemacht werden, und wenn dieß auf eine Art geschehen ist, die nach der Verfassung genügt, aber unvollkommen ist, so spricht doch Billigkeit für den, welcher hinter der Unkunde gegen die Strenge des Gesetzes Schutz zu finden sucht; aber der Fremde, der ungerufen ein fremdes Staatsgebiet betritt, kann der wol begehren, daß der Staat ihn mit den Gesetzen bekannt mache? Mußte er sich nicht selbst damit bekannt machen, damit er sie nicht etwa unwissend übertrete? Zwar, wenn von Billigkeit die Rede ist, kommt es auf der anderen Seite dem Fremden wiederum gegen den Einheimischen zu Gute, daß es ihm viel schwerer war, die Gesetze des fremden Landes kennen zu lernen und daß er auf einmal Kenntnisse einsammeln soll, die der Einheimische mit

viel geringerer Mühe in der Nähe haben und nach und nach erwerben kann; indessen wiegt dieser Billigkeitsgrund, glaube ich, weniger, wie der vorher angeführte.

## §. 2.
## Fortsetzung.

Die aufgestellten Grundsätze erleiden nach römischem Recht durch das, was vom dolus gilt, eine Modification. Der römische dolus bezeichnet den auf Hervorbringung der gesetzwidrigen That gerichteten Willen, das propositum delinquendi. Er enthält den Grund der Handlung, die causa agendi [1]), gibt ihr Bedeutung und oft den Namen; denn die verschiedene Richtung des Willens verändert die Natur des Verbrechens [2]). Dabei gehört aber das Bewußtseyn der Gesetzwidrigkeit zum dolus; wenigstens wird der dolus ausgeschlossen durch die Meinung des Erlaubtseyns der Handlung [3]). Man kann daher sagen, es beziehe sich damit nicht bloß auf das, was der Verbrecher gewollt, sondern auch, was er sich bei der Handlung vorgestellt, überhaupt, was er sich dabei gedacht hat; er ist in dolo, wenn das, was er wollte, nach seiner Vorstellung, etwas Böses oder Unerlaubtes, nicht in dolo, wenn es etwas Gutes oder Erlaubtes war. Kurz, der römische dolus ist der böse Wille des Verbrechers, und zwar ist er es nicht in Hinsicht auf die That, sondern auf die Gemüthsstimmung des Verbrechers. Bei Verbrechen, zu deren Wesen der dolus gehört, wie Diebstahl und Raub, fällt daher das

---

1) L. 39. pr. D. de Justis.

2) L. 39. pr. D. de Justis. *L.* 53. *pr. D. eod.* — — maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit.

3) L. 46. §. 7. D. de Justis.

Verbrechen weg, wenn der Handelnde die Meinung hegte, er sey berechtigt, so zu handeln, selbst wenn sich diese Meinung auf Rechtsirrthum gründet [4]). Es fällt daher der Raub und die Strafe des Raubes hinweg, wenn der Raubende geglaubt hat, die Sache gehöre ihm und er dürfe sie, ohne daß die Gesetze es ihm verwehren, mit Vorbeigehung des Richters, nehmen [5]). Auch das falsum gehört in diese Classe [6]). Als daher durch ein Edict des Claudius das Verbot erging, Niemand solle sich im Testament eines Anderen, was er niederschreibe, selbst ein Vermächtniß zuschreiben, sonst solle er in die Strafe der Lex Cornelia de Falsis verfallen seyn, hatte es sehr guten Grund, daß ausdrücklich hinzugefügt ward, selbst die Unkunde des Verbots solle den Uebertreter des Gesetzes von der Strafe nicht befreien [7]). Eben so, wenn ein Strafgesetz ausdrücklich gegen *dolus malus* gerichtet ist, wie das Senatusconsultum Silanianum, wird derjenige mit der verwirkten Strafe übersehen, welcher *per imperitiam sive rusticitatem*, ignarus *Senatusconsulti*, gefehlt hat [8]). Aber außer diesen Fällen, in welchen wegen Unkunde der Gesetzwidrigkeit das Verbrechen und mit dem Daseyn desselben die Strafe wegfällt, hat das römische Recht nirgends die allgemeine Regel aufgestellt, daß Unkunde des

---

[4]) L. 41. §. 1. D. Ad legem Aquiliam. §. 7. J. de obligat. quae ex delicto. L. 37. D. de usucap. §. 2. J. eod. §. 1. J. de obl. quae ex delicto nasc. L. 1. §. 3. D. de Justis. L. 46. §. 7. D. eod. L. 25. §. 6. D. de hered. petit.

[5]) L. 2. §. 18. D. de vi bon. rapt. §. 1. J. eod.

[6]) L. 20. C. Ad Legem Corn. de Falsis.

[7]) L. 15. pr. D. de lege Corn. de Falsis.

[8]) L. 3. §. 18 et 22. D. de Senatuscons. Silan.

Gesetzes, welches eine gewisse Handlung bei Strafe verboten hat, ein Grund sey, die Strafe auch nur zu vermindern. Vielmehr ist anzunehmen, wenn ein Gesetz eine gewisse That simpliciter bei Strafe verboten hat, ohne des dolus malus zu gedenken, daß dann in der Regel die volle gesetzliche Strafe Statt finde, auch wenn der Uebertreter das übertretene Gesetz nicht gekannt hat. Die Regel: Ignorantia juris nocet gilt auch in der Sphäre des Strafrechts, und die nachtheiligen Folgen verbotener Handlungen wendet Rechtsunkunde nicht ab. So bemerkt Ulpian, indem er von der infamia spricht, die denjenigen trifft, der eine Wittwe innerhalb des Trauerjahres heirathet:

> Notatur etiam, qui eam duxit, sed si sciens, ignorantia enim excusatur, *non juris*, sed facti [9]).

Eben so erhellet aus einer Stelle des Papinian, daß man Strafgesetze auch unwissend übertreten und unwissend ein Verbrechen begehen könne [10]). Nur ausnahmsweise gereicht Rechtsunkunde dem zur Entschuldigung, der aus Rechtsunkunde gefehlt hat. Wo sie zur Entschuldigung gereicht, dient sie nicht, die Strafe zu mildern, sondern hebt sie völlig auf. Diese Ausnahmen bestärken die Regel in den nicht ausgenommenen Fällen. Alter, Geschlecht, Stand begründen sie. So wird das Weib mit der Strafe der Blutschande (insofern ihr weiter nichts als diese, kein Ehebruch, Stuprum u. s. w., zur Last fällt) übersehen, wenn sie *errans in jure* gefehlt hat, wenn sie das Gesetz nicht

---

9) L. 11. §. 4. D. de his, qui not. infam.

10) *L.* 1. *D. de leg.* Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte, vel ignorantia contrahuntur, coërcitio communis reipublicae sponsio.

kannte, welches die Vermischung der Geschlechter in dieser Nähe verbietet, während den Mann ohne Rücksicht auf diese Entschuldigung die volle gesetzliche Strafe trifft. Das Weib wird nur dann nicht entschuldigt, wenn sie die Handlung mit einem Ascendenten oder Descendenten begangen hat, weil dieß ein sogenannter *incestus juris gentium* ist, wovon ein jeder weiß, daß er nicht erlaubt sey, so daß hier auf die Entschuldigung, sie habe das Gesetz nicht gekannt, gar nicht zu hören ist [11]). Ueberhaupt findet das Weib in solchen Fällen keine Entschuldigung, in welchen ein jeder das Unerlaubte der Handlung einsieht, wie beim Ehebruch [12]). Auf ähnliche Art wird auch das minderjährige Alter mit der verwirkten Strafe nach Bewandniß der Umstände in einigen Fällen belegt, in anderen verschont [13]). Und die *rusticitas* kommt auch nur in Betrachtung, wo rusticitas die Unwissenheit entschuldigen kann, nämlich wenn von Verletzung rein willkührlicher Satzungen die Rede ist, die nicht jedem bekannt sind. Es kann daher derjenige nicht mit der Strafe verschont werden, der den Patron eigenmächtig vor Gericht gefordert hat, da diesem (wenigstens nach römischer Ansicht) schon *naturali ratione* Ehrerbietung gebührt [14]). Es kann mithin *rusticitas* bei solchen Dingen nicht entschuldigen, die auch der Ungebildete kennt, von denen schon der natürliche Verstand uns sagt, daß sie sich nicht gebühren. Auf den Stand sollte es freilich in dieser Hinsicht nicht ankommen, sondern jeder Andere, der in der Erziehung vernachläßigt und durch seine Lage gehindert ist,

---

[11]) L. 38. §. 2, 4 et 7. D. ad legem Juliam de adult.

[12]) L. 38. pr. et §. 4. D. eod.

[13]) L. 36. L. 38. §. 4 et 7. D. eod.

[14]) L. 2. C. de in jus voc.

zur Einsicht zu gelangen, dieselbe Entschuldigung genießen, und das mag auch wohl die Meinung des römischen Rechts gewesen seyn.

Es ist also nach römischem Recht die Rechtsunkunde kein Milderungsgrund, wohl aber in einigen ausgenommenen Fällen ein Grund, der die Strafe wegfallen macht. In der Regel trifft sie den Missethäter, auch wenn er das Gesetz nicht gekannt hat.

Nur so viel läßt sich annehmen, daß bei unbestimmten Strafgesetzen die Rechtsunkunde in Betrachtung kommt, um denjenigen weniger zu strafen, der, wenn er das Gesetz gekannt hätte, mit einer schwereren Strafe hätte belegt werden müssen. Ich schließe dieß aus einer Stelle des Paulus, wonach die Blutschande, deren Strafe nach älterem Recht nicht bestimmt war, wenn sie unter Seitenverwandten begangen wird, weniger strafbar ist, wenn sie durch Heirath und offenbar, also aus Irrthum, wie der Rechtsgelehrte sagt, als wenn sie heimlich begangen ist [15]). Am Weibe wird sie, wie wir gesehen haben, unter diesen Umständen gar nicht bestraft; denn dieses wird durch Rechtsunkunde und Mangel an Einsicht entschuldigt; beim Manne aber, den die Rechtsunkunde von der Strafe nicht befreit, ist sie ein Milderungsgrund, wenn man einen Grund so nennen kann, der nicht dazu dient, ein bereits bestimmtes Strafübel herabzusetzen, sondern das noch erst zu bestimmende zu vermindern.

---

[15]) L. 38. §. 3. D. ad legem Juliam de adult. L. ult. D. de ritu nuptiarum.

## §. 3.

### Fortsetzung.

### Meinungen der Rechtsgelehrten über den Einfluß der Rechtsunkunde auf die Bestrafung der Verbrechen; Bemerkungen darüber.

Zu Leyser's und noch zu Böhmer's Zeiten herrschte unter den Rechtsgelehrten die Meinung und war ziemlich allgemein verbreitet, daß die Rechtsunkunde von der Strafe nicht befreie; nur bei neuen Bürgern und bei Fremden sey sie ein Grund, die Strafe zu mildern [1]). Dieß war die Lehre, die Leyser und Böhmer, nach ihren eigenen Bemerkungen, vorfanden. Leyser selbst [2]) unterscheidet Handlungen, die schon natürlich unerlaubt sind, und andere, die bloß gegen ein menschliches Gesetz anlaufen, an sich aber gleichgültig sind. Bei jenen sey Niemand von der Strafe zu befreien; bei diesen aber der neue Bürger und der Fremde, hingegen nicht, wer schon eine Zeit lang im Lande gewohnt hat und also das Gesetz kennen konnte; denn ihm falle ignorantia supina zur Last. Daß die Strafe wegen der Rechtsunkunde zu mildern sey, davon sagt Leyser nichts. Die Lehre von der Milderung der Strafe wegen Rechtsunkunde hat hauptsächlich ihren Sitz bei einem Schriftsteller, der im Criminalrecht für classisch gelten kann, in dieser Materie aber, wie es mir scheint, durchweg auf dem unrechten Wege war; ich meine Joh. Samuel Böhmer. Er

---

[1]) Sie beriefen sich auf L. 9. C. de legibus und L. 12 C. de juris et facti ign.

[2]) spec. 289. med. 6.

Er unterscheidet gemeines Recht und besonderes einzelner deutscher Länder. In Ansehung des ersteren bemerkt er: Nach der Lehre der Rechtsgelehrten könne Rechtsunkunde die Strafe nicht mildern; denn diese Unkunde sey grob und gesucht und keiner Beachtung werth. Es sey auch nicht zu verkennen, daß gewöhnlich und in zweifelhaften Fällen die Lehre der Rechtsgelehrten zu befolgen sey, damit es nicht in der Macht eines jeden Bösewichts stehe, unter dem Vorwande der Unwissenheit das Gesetz ungestraft zu übertreten. Aber damit sey das arbitrium judicis für solche Fälle nicht ausgeschlossen, in welchen Unwissenheit Entschuldigung verdiene, wie wenn Jemand von Natur einfältig oder ohne Erziehung aufgewachsen, ein roher Mensch sey u. s. w. Bei Handlungen, die bloß gegen menschliche Gesetze verstoßen, sey derjenige, der das Strafgesetz nicht gekannt habe, bloß wie einer, der in culpa ist, zu bestrafen, weil er die Gelegenheit, die Rechtsgelehrten zu befragen, nicht benutzt habe; er sey folglich bloß mit einer poena arbitraria zu belegen. Die ignorantia *invincibilis* befreie von aller Strafe, hingegen ignorantia *vincibilis* mildere sie. Bei Verbrechen, wie Diebstahl, Raub, Nothzucht, Todtschlag, deren Strafbarkeit jeder Mensch kenne und durch die tägliche Erfahrung darüber belehrt werde, könne Unwissenheit des Gesetzes nicht entschuldigen und auch bei delictis extraordinariis sey die exceptio ignorantiae so leicht nicht zuzulassen. Diejenigen Personen, denen die Rechtsunkunde zu Gute gehalten werde, wie Frauenzimmer, Soldaten, Bauern, müßten auch hier damit gehört werden. Nur bei Verbrechen, deren Strafbarkeit jedem bekannt sey, könnten selbst Frauenzimmer auf keine Schonung Ansprache machen. Endlich könne auch der Sinn des Gesetzes dunkel

seyn und unter den Rechtsgelehrten könnten darüber verschiedene Meinungen herrschen; auch dann könne die Unkunde der Strafe bewirken, daß eine mildere Statt finden müsse. In Hinsicht auf die Unkunde des Particularrechts unterscheidet Böhmer, wie Leyser, und hat überhaupt in dieser Hinsicht dessen ganze Lehre angenommen [3]).

Kreß unterscheidet drei Arten der Unwissenheit und des Irrthums, nämlich *ignorantia facti — juris* s. legis — *generis poenae.* In Ansehung der ersteren unterscheidet er weiter Unkunde dessen, wovon schon der natürliche Verstand sagt, daß es nicht erlaubt sey — und Unkunde rein willkührlicher Vorschriften. Das Erstere werde durch die Regel erkannt: *Quod tibi non vis fieri, alteri ne feceris* — und diese sey jedem Menschen in's Herz geschrieben. Die letztere mildere die Strafe. Die Unkunde der Art der Strafe vermindere die Strafbarkeit nicht. Der Verbrecher habe nicht die Art der Strafe, sondern das Gesetz fürchten müssen; er habe die Drohung des Gesetzes auch ohne Rücksicht darauf, wie stark sie, wie groß das Uebel sey, womit gedroht ward, nicht verachten müssen. Besonders komme in Betrachtung, daß oftmals die Richter selbst die Strafe nicht kennen u. s. w. [4]).

Grundsätze, wie sie Böhmer und Kreß aufstellen, hegt auch Westphal [5]). Er unterscheidet, ob die That schon nach der Vernunft unerlaubt und verboten sey, oder ob sie es erst durch die bürgerlichen Gesetze geworden ist. Bei Verbrechen der ersteren Art sey wieder ein Unterschied zu

---

[3]) *Joh. Samuel Friedr. Boehmer* observat. ad Carpzovii pract. rer. crim. qu. 149. observat. 4.

[4]) *Krefs* ad art. 177. reg. 1. not. 2.

[5]) Westphal's Criminalrecht. S. 122, 123.

machen, ob sie so beschaffen sind, daß sie jedem schon nach natürlicher Empfindung und gemeinem Menschenverstande in dem Grade abscheulich und unnatürlich vorkommen, wie sie von den bürgerlichen Gesetzen angesehen werden — oder nicht. Bei jenen sey auf Unwissenheit keine Rücksicht zu nehmen, wohl aber bei diesen. Bei Sodomie, Ehebruch u. s. w. sey der Mangel an Unterricht ein wichtiger Milderungsgrund. Wenn keine natürlichen Gesetze vorhanden sind, welche die That verbieten, sondern sie bloß gegen die bürgerlichen Gesetze des einen oder anderen Landes verstoße, müsse man den Inländer, der schon lange im Lande sich niedergelassen, von dem Fremden und neuen Ankömmling, so wie von demjenigen, dem besondere Hindernisse im Wege standen, das Gesetz kennen zu lernen, unterscheiden. Jener habe nichts, was ihm zu Statten komme, wohl aber dieser.

Nach Meister hebt Unwissenheit den Dolus auf oder vermindert ihn doch. Die Unwissenheit des Rechts dient dazu, die Strafbarkeit zu vermindern, nicht bloß bei Handlungen, die nur nach positiven Gesetzen strafbar sind — wobei zugleich auf die Personen der Thäter Rücksicht zu nehmen ist —, sondern nach Umständen selbst bei Handlungen, die schon natürlich unerlaubt sind, wenn nämlich rohe und in der Erziehung vernachlässigte Menschen, die nicht im Stande waren, die ganze Größe ihrer Missethat einzusehen, sie begangen haben. Es kann dem Verbrecher selbst der bloße Umstand, daß er die Art der Strafe nicht gekannt habe, einigermaßen zur Entschuldigung gereichen, nämlich wenn sie unverhältnißmäßig hart und besonders, wenn sie durch ein Particulargesetz gedroht ist [6]).

---

[6]) *Meister* princ. jur. crim. §. 116.

Kleinschrod lehrt von der Unwissenheit und dem Irrthum in Ansehung der Gesetze, daß sie die Zurechnung nicht aufheben, wohl aber vermindern, und der Unwissende und Irrende wegen seiner Culpa zu bestrafen sey. Er betrachtet sodann die verschiedenen Arten, wie die Schuld sich hier äußern kann, und untersucht auf das Sorgfältigste, in welchem Grade nach Verschiedenheit des jedesmaligen Falls der Verbrecher, welcher aus Unwissenheit oder Irrthum gefehlt hat, verschuldet sey. Dabei nimmt er mit Recht an, daß Irrthum weniger zuzurechnen sey, als Unwissenheit, und drückt sich artig darüber aus, indem er bemerkt, der Irrthum sey schwerer zu heben, weil man ihn gar nicht merke und er bei der Entdeckung verschwinde, aber die Unwissenheit fühle man eher, könne sie also auch eher heben. Es sey übrigens genug, wenn der Verbrecher nur wisse, daß seine Handlung bei Strafe verboten sey, und nicht nöthig, daß er die Art der Strafe kenne. Habe er die Gesetze und deren Drohung auch nur im Allgemeinen gekannt, so müsse er sich nach den Gesetzen fügen. Wenn sie ihn nicht zurückhielten, verachte er die Gesetze, verfalle in die Hände der Gerechtigkeit und unterwerfe sich stillschweigend durch sein Vergehen derjenigen Strafe, die über ihn ergehen werde. Da er die Gattung der Strafe nicht gewußt habe, müsse er sich alle Arten von Uebeln vorstellen, die ihn immer treffen können; mithin habe er sich auch jene Strafe insbesondere gedacht, welche über ihn verhängt wird. Ueberdieß hänge es mit der Strafe von vielen besonderen Umständen ab und die gesetzliche werde darnach oftmals modificirt [7]).

---

[7]) Kleinschrod Grundbegriffe des peinl. Rechts, erster Theil, §. 14. folg., §. 135. folg.

Auch Feuerbach zählt die Unwissenheit und den Irrthum in Ansehung der Gesetze unter den verschiedenen Arten auf, wie die Culpa sich äußern kann [8]).

Mich dünkt, in allen diesen Theorien sey durcheinander gemengt, was an und für sich — und was nach den positiven Gesetzen Rechtens ist, was die Regel mit sich bringt, was nur Ausnahmsweise gilt, was recht und was billig ist. Und wenn auch hin und wieder etwas Wahres hier gesagt ist, so ist es wenigstens in der Verbindung, worin es hier steht, nicht wahr.

Auf die Kenntniß der Strafbarkeit oder den Mangel derselben kann es hier gar nicht ankommen. An und für sich würde freilich der Mangel der Kenntniß des Strafgesetzes auf die Strafbarkeit von dem größten Einfluß seyn.

Es ist schon oben angenommen, daß beim Mangel der Kenntniß des Strafgesetzes überall keine Strafe Statt finden könne, daß die Strafbarkeit dadurch nicht gemildert, sondern aufgehoben werde. Selbst wenn der Verbrecher gewußt hätte, daß seine Handlung bei Strafe verboten sey, er hätte jedoch die Art der Strafe nicht gekannt, würde selbst dieser Mangel zu seiner Entschuldigung gereichen können. Man würde dann unterscheiden müssen, ob er bloß im Allgemeinen darüber unwissend war, welche Strafe auf dieß Verbrechen gesetzt sey, oder ob er die Strafe kannte, womit die Gattung des Verbrechens bedroht ist und nur über die Strafe der Art, wozu das seinige gehört, unwissend war. Auf den ersteren Fall würde das passen, was

---

[8]) Feuerbach, Lehrbuch des peinl. Rechts. §. 54. folg.

Kleinschrod lehrt, daß er sich alle Arten von Uebeln vorstellen müsse, die ihn immer treffen können; — wenigstens hat er es auf die Gefahr, mit einer Strafe, welche es auch seyn mag, belegt zu werden, gewagt, die verbotene That zu begehen, und kann nicht sagen, ihm sey zu nahe geschehen, wenn er auch die härteste erleiden muß; — im letzteren Falle würde die Strafe dieser besonderen Art nicht Statt finden können, wenigstens nicht, insofern sie härter wäre, und der Dieb, welcher z. B. nur die Strafe des begangenen Kirchendiebstahls nicht gekannt hätte, könnte nur mit der Strafe des gemeinen belegt werden. Dieser letztere Fall würde grade der einzige seyn, in welchem wegen Unkunde des Gesetzes eine Milderung der Strafe Statt finden könnte, wenn man das einen Grund zur Milderung der verwirkten Strafe nennen kann, was vielmehr die Strafe dieser besonderen Art des Verbrechens wegfallen macht. Allein vermöge des Grundsatzes: Ignorantia juris nocet, kann überhaupt die Entschuldigung, man habe das Strafgesetz nicht gekannt, nur in den seltensten Fällen, nämlich nur demjenigen zu Gute kommen, dessen ignorantia invincibilis war. Wohl aber kann eine andere Entschuldigung, nämlich, man habe nicht gewußt, daß eine Handlung dieser Art verboten sey, in einigen Fällen das Verbrechen und folglich auch die Strafe aufheben, nämlich in allen denjenigen, in welchen zum Wesen des Verbrechens *dolus* gehört oder das Strafgesetz ausdrücklich nur gegen den *dolus* gerichtet ist. Denn zum dolus gehört Kenntniß der Gesetzwidrigkeit — nicht aber der Strafbarkeit, und noch weniger der Art der Strafe — und er fällt weg, wenn der Handelnde die Meinung hegte, daß seine Handlung eine erlaubte sey. Nur bei solchen Handlungen,

die schon natürlich unerlaubt sind, kann diese Entschuldigung nicht gelten, oder wenn man sie auch wohl hier an und für sich würde gelten lassen müssen, so würde sie wenigstens keinen Glauben verdienen, es müßten denn ganz außerordentliche Umstände eintreten, die sie glaubwürdig machten. Also in Hinsicht auf den *dolus* könnte jener Unterschied, wovon die Rechtsgelehrten hier reden, zwischen Handlungen, die schon natürlich unerlaubt und anderen, die es erst durch positive Gesetze geworden sind, in Betrachtung kommen. Eine allgemeine Regel, daß bei Anwendung der Strafgesetze zwischen natürlich erlaubten und unerlaubten Handlungen zu unterscheiden und dem Verbrecher, der eine natürlich erlaubte Handlung begangen hat, die Unkunde des Strafgesetzes zu Gute zu halten, oder die Strafe seiner Unkunde wegen auch nur zu mildern sey, gibt es nicht. Nur Ausnahmsweise, nur bei gewissen Personen läßt das römische Recht die Entschuldigung gelten, man habe das Gesetz nicht gekannt, nicht, um diese Personen gelinder zu bestrafen, sondern um sie mit aller Strafe zu verschonen. Diese Entschuldigung kommt aber selbst den begünstigten Personen, diesen Personen, denen das Vorrecht beigelegt ist, unwissend seyn zu dürfen, dann nicht zu Gute, wenn von Handlungen die Rede, die schon an sich unerlaubt sind, deren Gesetzwidrigkeit jeder kennt. Nur insoweit ist, nach den Gesetzen, bei Anwendung der Strafgesetze zwischen den verschiedenen Arten der Handlungen, zwischen natürlich erlaubten und unerlaubten, zu unterscheiden. Was ich in Hinsicht auf den dolus gesagt habe, beschränkt sich auf den dolus und ist eine bloße Folgerung, die man aus demjenigen abziehen kann, was im römischen Recht über die Natur des dolus gelehrt wird.

Es ist freilich hart, sehr hart, Jemanden zu strafen, welcher zu seiner Entschuldigung anführen kann, ich habe gar nicht gewußt, daß dieß verboten sey und ich es nicht thun dürfe. Wie oft entschlüpfen nicht Schuldige der verdienten Strafe, und hier soll Einer büßen, dessen Schuld so gut, als gar keine ist. Und dennoch kann er nicht sagen, daß ihm zu nahe geschieht, wenn er bestraft wird, und ihn mit der Strafe zu verschonen, ist etwas, was sich nach Rechtsgrundsätzen nicht rechtfertigen läßt.

Wenn hingegen bloß von demjenigen die Rede ist, was Billigkeit erheischt, welche die Umstände in Betrachtung zieht und sich gegen die Schwäche des Menschen nachsichtig beweist, da können freilich bei Anwendung des Strafgesetzes, wenn der Verbrecher sich auf Unkunde berufen kann, mancherlei Umstände in Betrachtung kommen, welche geeignet sind, ihn gegen die Strenge des Gesetzes in Schutz zu nehmen. Dahin gehört dann auch der Umstand, daß der Uebertreter ein Fremder ist. Kann es überhaupt entschuldigen, wenn irgend ein Fehler von vielen oder gar von allen begangen wird, so pflegt ein Reisender sich eher nach allem anderen, als nach den Gesetzen des Landes, was er betreten will, zu erkundigen. In dem guten Vertrauen, daß sie nichts verbieten, als was an anderen Orten auch verboten ist, pflegt er nur etwa auf besondere Veranlassung für einzelne Fälle sich um sie zu bekümmern. Es kommt ihm auch zu Gute, daß es für einen Fremden eine schwere, nicht leicht zu lösende Aufgabe ist, alle im Lande geltenden Gesetze kennen zu lernen, wenn man auch davon wegsehen will, daß er dadurch Kenntnisse einsammelt, die ihm nur während einer sehr kurzen Zeit nützlich sind und nachher für ihn keinen Werth weiter haben. Einem Inländer kommt

auf der anderen Seite zu Gute, daß die Art, die Gesetze bekannt zu machen, gewöhnlich sehr unvollkommen ist. Sind diese Gesetze in einer fremden oder unverständlichen Sprache geschrieben, vielleicht gar nicht bekannt gemacht, sondern nur durch den Gebrauch eingeführt, so würde es sich selbst nach Rechtsgrundsätzen vertheidigen lassen, das verletzte Strafgesetz nicht in Anwendung zu bringen, wenn nicht der römische Grundsatz im Wege stände, man habe die Rechtsgelehrten befragen können. Indessen, um die Rechtsgelehrten zu fragen, muß man doch erst Veranlassung haben, sie zu fragen, und daher spricht wenigstens die Billigkeit wieder für den Verbrecher. Die Fälle, die gewöhnlich bei Gericht vorkommen, sind übrigens so beschaffen, daß Handlungen dieser Art schon an sich widerrechtlich und sie an allen Enden und Orten unerlaubt und mit Strafen bedroht sind, und in Fällen dieser Art versteht es sich, daß so wenig der Fremde, als der Inländer mit der Unwissenheit zu entschuldigen sey. Wenn aber in einzelnen Fällen die Unwissenheit Entschuldigung verdient, dann muß sie von aller Strafe befreien. Die Unwissenheit kann niemals ein Milderungsgrund seyn, sondern wenn sie überhaupt zu entschuldigen ist, muß sie die Strafbarkeit aufheben. Der Irrthum sollte diese Wirkung billig in allen Fällen hervorbringen.

§. 4.

## Unwissenheit in Thatsachen.

Hier will ich mich nicht dabei aufhalten, die verschiedenen Meinungen der Rechtsgelehrten vorzutragen. Sie drücken sich zum Theil so darüber aus, daß man nicht weiß, was sie eigentlich sagen wollen.

Die Unkunde, welche nicht ignorantia juris, sondern facti ist, wird in einigen Fällen die Strafe ganz aufheben, in anderen wird sie dazu dienen, sie zu vermindern. Denn bald betrifft die Unkunde einen Umstand, der die ganze Natur der Handlung verändert; je nachdem er sich so oder anders verhält, ist die Handlung schuldlos oder ein Verbrechen; bald bleibt die Handlung unter allen Umständen ein Verbrechen, aber dieser Umstand macht, wenn er da ist, daß sie schwerer, und, wenn er fehlt, daß sie gelinder zu bestrafen ist. Es kommt hier bloß darauf an, zu untersuchen, was Rechtens seyn würde, wenn die Sache sich wirklich so verhielte, wie der Handelnde sie sich vorgestellt hat, ob sie dann ganz straflos oder minder strafbar wäre. Fehlt die Kenntniß des Umstandes, wodurch die Handlung strafbar wird, oder fehlt die Kenntniß des Umstandes, wodurch die Strafbarkeit erhöhet wird, so muß im ersten Fall das Verbrechen und die Strafe, und im zweiten diese besondere Art des Verbrechens und ein Theil der Strafe, nämlich, um wie viel die Strafbarkeit durch jenen Umstand vermehrt wird, hinwegfallen. Wer z. B. einen Menschen tödtet, von dem er glaubt, daß er bereits gestorben sey, begeht kein *homicidium* (dolosum), und wenn er zwar wußte, daß er noch am Leben, aber nicht wußte, daß er sein naher Verwandter sey, kein *parricidium*. Der Mann, welcher ein fremdes

Frauenzimmer wie seine Frau behandelt, weil er glaubte, sie sey es, begeht keinen Ehebruch, weil er nicht weiß, daß er ihn begeht; die Frau, welche den zweiten Mann heirathet, während der erste noch am Leben ist, verletzt die Treue nicht, wenn sie glaubt, er sey bereits gestorben, da sie dieselbe verletzt haben würde, wenn sie gewußt hätte, daß er noch am Leben sey. Es fehlt in solchen Fällen das propositum delinquendi; es fehlt das Bewußtseyn des Unrechts oder dieser besonderen Art des Unrechts; es fehlt mithin das, was den Thäter strafbar macht. In solchen Fällen kann wenigstens niemals von einem mit bösem Vorsatz begangenen Verbrechen die Rede seyn. Nur bei Verbrechen, bei welchen das Gesetz auf die hervorgebrachte Wirkung gesehen und gegen diese seine Drohung gerichtet hat, bei welchen auch die culpa strafbar ist, kann die That aus dem Gesichtspuncte der Unvorsichtigkeit strafbar seyn. Man wird dann nicht bestraft, weil man unwissend war, sondern weil man unbehutsam handelte und bei Uebertretung des Gesetzes verschuldet ist. Es läßt sich daher ein aus Unkunde begangenes homicidium culposum denken, wovon die Carolina ein merkwürdiges Beispiel aufstellt, indem sie von der Bestrafung desjenigen handelt, der von der Heilkunst ein Gewerbe macht und aus Mangel an (gelehrter) Kenntniß, weil er nicht die rechten Mittel anwendet, den Kranken, statt ihn zu heilen, tödtet [1]). Denn, wenn Jemand etwas unternimmt, dem er nicht gewachsen ist, oder von einer Kunst ein Gewerbe macht, ohne sie gehörig zu verstehen, so ist er ohne Zweifel in culpa. Hingegen läßt sich ein aus Unkunde begangener Ehebruch gar

---

[1]) S. die Carolina Art. 134.

nicht denken, und eben so wenig eine aus Unkunde begangene Blutschande oder Bigamie, und daß die letztere unter besonderen Umständen strafbar ist, beruht auf besonderen Gesetzen [2]).

---

[2]) Daß derjenige keine Blutschande, kein crimen incestus, begeht, welcher nicht weiß, daß die andere Person mit ihm verwandt oder verschwägert ist, lehrt das canonische Recht an mehreren Stellen. c. 6 — 10. Causa 34. qu. 1. *Leyser* spec. 586. med. 13. Durch bloße culpa wird auch kein Ehebruch begangen. Ganz deutlich heißt es *L.* 42. *D Ad legem Juliam de adulteriis*: — — *adulterium sine dolo malo non committitur*. — — S. auch L. 12. eod. Dennoch statuirt Koch (Princ. jur. crim. §. 307.) und mit ihm Feuerbach (Lehrbuch des peinl. Rechts §. 378.) ein adulterium culposum. Sie nehmen an, ein Ehebruch könne so gut durch dolus als durch culpa begangen werden. Diese irrige Idee verdankt ihr Daseyn einer irrigen Erklärung der 117ten Novelle. Hier findet sich cap. 11. verordnet, daß eine Ehefrau, deren Mann im Kriege ist und die lange Zeit keine Nachricht von ihm erhalten, vielmehr gehört hat, er sey todt, nicht sogleich zur zweiten Ehe schreiten, sondern sich nach der Wahrheit erkundigen und Zeugnisse über seinen Tod verschaffen, selbst dann aber noch ein Jahr warten soll. Handelt sie dagegen, so sollen beide, sie und ihr zweiter Mann, „*velut adulteri*“ gestraft werden. Die Novelle spricht von einem ganz singulären Fall, statuirt aber auch in diesem Fall kein wahres adulterium, sondern verordnet nur, daß die Frau und ihr zweiter Mann in dem angenommenen Fall, als wären sie Ehebrecher, gestraft werden sollen. Es wird auch kein Unterschied gemacht, ob der erste Mann noch lebt oder wirklich todt war, und hieraus, so wie aus dem Ausdruck „*velut adulteri* puniantur,“ erhellt klar, daß ein culposer Ehebruch ein gesetzliches Unding sey.

## II.

## Vom Beweise der Unwissenheit und des Irrthums, imgleichen des guten Glaubens.

(Im Mai 1834.)

## 1. Beweis der Unwissenheit und des Irrthums.

Ueber den Beweis der Unkunde und des Irrthums schweigen die Meisten; die Wenigen, die davon reden, stimmen der Sache nach so ziemlich mit einander überein. Sie pflegen zu lehren, wie der Unwissende oder Irrende vom Beweise frei sey, wenn die Gesetze ihm gegen die Unwissenheit zu Hülfe kommen; in anderen Fällen müsse er die Unwissenheit beweisen [1]). Im Grunde ist es dasselbe, was auch Günther lehrt, welcher die Regel aufstellt, daß Unwissenheit und Irrthum von demjenigen, der sich darauf beruft, bewiesen werden müssen. Nur bei der Unwissenheit der Gesetze werde Unwissenheit bei denen vermuthet, welchen sie verziehen wird. Ignorantia et error regulariter ab allegante probari debent. Si quis tamen leges ignorasse jure praesumitur, probatio incumbit ei, qui scientiam objicit [2]).

Ich würde zuvörderst Unwissenheit von Irrthum trennen. Die Unwissenheit ist der bloße Mangel der Kenntniß,

---

1) *Perez* ad Cod. tit. de juris et facti ignor. nr. 8. *Struv.* syntagma h. t. §. 57. *Klein* de innoxia mulierum ign. cap. 3. nr. 1. sq. (in Ejus dissertat. p. 909. sq.) *Hofacker*. Princ. jur. civ. tom. 1. §. 205.

2) *Günther* princ. jur. rom. §. 209.

also etwas Verneinendes; beim Irrthum nimmt eine unrichtige Vorstellung die Stelle der wahren ein, es wird also dadurch etwas bejaht oder gesetzt. Wer da behauptet, er habe sich geirrt, muß, was er behauptet, das Daseyn der falschen Vorstellung, beweisen [3]); hingegen braucht Niemand zu beweisen, daß er unwissend gewesen sey, daß ihm diese oder jene Kenntniß gefehlt habe [4]). Sein Gegner, der ihm die Kenntniß vorwirft, muß diese Kenntniß beweisen. Als Regel kann es also in Hinsicht auf Unwissenheit nimmermehr aufgestellt werden, daß sie bewiesen werden müsse. Diese Regel muß vielmehr gerade umgekehrt lauten. Man hat nicht nöthig, die Unwissenheit zu beweisen; unser Gegner muß unsere Wissenschaft beweisen. Diese Grundsätze liegen in der Natur der Sache und sind, aus ihr entlehnt, in das römische und canonische Recht übergegangen, wobei es dahin gestellt bleiben mag, ob ihre Urheber den Grund des Unterschiedes deutlich eingesehen oder, wie es scheint, von einem natürlichen Gefühl geleitet, das Richtige getroffen haben. Den Grundsatz, daß man nicht nöthig habe, seine Unwissenheit zu beweisen, finden wir im römischen Recht noch in der Anwendung auf einige einzelne Fälle wieder.

So,

---

[3]) L. 6. C. de juris et facti ign. cap. 3. X. de conf.

[4]) cap. 47. de reg. juris in 6to. Wohl aber kann es bisweilen nöthig seyn, daß Jemand das Daseyn gewisser Kenntnisse bei sich beweise. Der Fall tritt ein bei allen, die im Staat zu gewissen Aemtern oder Verrichtungen zugelassen werden wollen, und zwar zu solchen, die gewisse Kenntnisse voraussetzen, deren Daseyn bei angestellter Prüfung durch Fragen und Antworten an ihnen selbst erforscht wird; wobei aus dem Daseyn oder Mangel von Kenntnissen, wie er sich bei der Prüfung offenbart, auf Daseyn oder Mangel anderer und auf Fähigkeit und Unfähigkeit ein Schluß gemacht wird, der oft sehr trüglich ist.

So, wenn der Erblasser Jemanden eine fremde oder verpfändete Sache vermacht hat, muß der Vermächtnißnehmer beweisen, wie der Erblasser davon unterrichtet gewesen, daß sie eine fremde oder verpfändete sey [5]). Und der Eigenthümer muß beweisen, daß der Käufer seiner Sache *scientiam rei alienae* gehabt habe [6]).

Statt einen Unterschied zwischen Unwissenheit und Irrthum zu machen, pflegen die Rechtsgelehrten sich zu begnügen, auch beim Beweise eine zweifache Art von Unwissenheit und Irrthum zu unterscheiden, der Gesetze nämlich und der Thatsachen, und unter diesen wieder der eigenen und der fremden. Eine Unterscheidung zwischen eigenen und fremden Thatsachen ist in der Natur der Sache wohl gegründet. Ob aber auch zwischen Gesetzen und Thatsachen zu unterscheiden sey, das ist schon eine andere Frage. Wir haben gesehen, die Unwissenheit der positiven Gesetze ist auch eine Unwissenheit der Thatsachen, und schon daher wird es unwahrscheinlich, daß auf die eine Grundsätze Anwendung finden sollten, die nicht auch auf die andere anwendbar wären.

In Hinsicht auf die Unwissenheit der Gesetze pflegen die alten Rechtsgelehrten zu lehren, die Unwissenheit der

---

5) *L.* 21. *D. de probat.* Verius esse existimo, ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem vel obligatam legare defunctum: non heredem probare oportere, ignorasse alienam vel obligatam: quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.

6) *L.* 30. *C. de evict.* Non ex eo quod duplum is qui a matre tua mancipium comparaverat evictionis nomine stipulatus est, alienae rei scientia convincitur: nec opinio ejus ex hoc laeditur, ut malae fidei emptor existimetur. Aliis itaque indiciis hoc si vis, probare debes.

Gesetze müsse bewiesen werden; wer durch Unkunde Schutz und Hülfe finden will, müsse die Unkunde beweisen; die Vermuthung streite gegen denjenigen, der Gesetze nicht gekannt haben wolle, die er hätte kennen müssen; es sey einerlei, ein Gesetz kennen müssen und es kennen; die Kraft oder Wirkung der verziehenen Unwissenheit bestehe gerade in der Freiheit vom Beweise. Denn nur, wenn die Unwissenheit vom Gesetz dem Unwissenden zu Gute gehalten wird, wie bei Minderjährigen und Soldaten und in einigen Fällen bei Weibern und Landleuten der Fall sey, stehe jene Vermuthung demjenigen nicht im Wege, der sich durch Unwissenheit schützen will. Wenn die Gesetze die Unwissenheit verzeihen, vermuthen sie, nach ihnen, selbige auch.

Allein, es scheint, daß die Rechtsgelehrten hier, ohne es zu bemerken, zwei Fragen mit einander vermengt haben, die wohl von einander zu unterscheiden sind. Eine andere Frage ist, ob Jemanden die Unwissenheit zu Gute gehalten wird, eine andere, ob diese Unwissenheit wirklich vorhanden war. Dieß Letztere ist die Voraussetzung von dem Ersteren. Je nachdem die Antwort auf die zweite Frage, die eigentlich die erste oder Präjudicialfrage ist, bejahend oder verneinend ausfällt, wird die erste aufgeworfen werden oder gar nicht zur Sprache kommen können. Der Gegner kann dem Gegner den Einwand machen, du warst nicht wirklich unwissend und folglich kann dir die Unwissenheit, wenn sie dir auch sonst zu Gute gehalten werden müßte, nicht zu Statten kommen.

Die Gründe, welche die Rechtsgelehrten für ihre Behauptung anführen, beruhen gleichfalls auf einer Verwechselung dieser Fragen. Daß es einerlei sey, ein Gesetz kennen müssen und es kennen, kann immerhin zugegeben werden.

In der Wirkung ist beides einerlei. Aber dieser Beweisgrund beweis't mehr, als dadurch bewiesen werden soll. Es würde daraus folgen, daß die Unwissenheit dem Unwissenden nicht zu Gute zu halten sey, nicht aber folgt daraus, daß für das Daseyn der Kenntniß die Vermuthung streite. Und eben so wenig folgt auf der anderen Seite daraus, daß Jemand nicht verbunden war, ein gewisses Gesetz zu kennen, daß er es nicht gekannt habe oder für die Unkunde die Vermuthung streite. Die Kenntniß und die Unwissenheit sind Thatsachen, die von der Verbindlichkeit sehr verschieden sind. Man kann Kenntnisse haben, ohne dazu verbunden zu seyn, sie sich zu verschaffen, und sie können uns fehlen, obgleich wir verbunden waren, sie zu erwerben. In der That bedarf es auch keiner Rechtsvermuthung für das Eine oder Andere, vielmehr wird sich die Sache folgendermaßen verhalten.

Da der Regel nach die Unkunde der Gesetze dem Unkundigen nicht zu Gute gehalten wird, so kann es gar nicht weiter darauf ankommen, zu untersuchen, ob Jemand in Ansehung der Gesetze wirklich unkundig gewesen sey, oder sich geirrt habe oder nicht. In Fällen aber, wo Jemanden ausnahmsweise, namentlich, wenn er von einem gewissen Stande ist, Unkunde zu Gute gehalten wird, ist Unkunde nicht zu vermuthen. Wiewohl es in Fällen, da gewisse Stände in dieser Hinsicht begünstigt sind, zugleich glaublich ist, daß sie unwissend gewesen sind, so streitet doch für die Unkunde nicht gerade eine Rechtsvermuthung. Die alten Rechtsgelehrten waren nur überhaupt zu sehr geneigt, Rechtsvermuthungen zu statuiren, wo keine sind, oder für denjenigen eine Vermuthung streiten zu lassen, der nicht nöthig hat, zu beweisen, weil die Last des hier zu führenden

Beweises dem Gegner obliegt, als daß wir uns darüber wundern dürften, daß sie auch hier eine Vermuthung, eine praesumtio ignorantiae, einführten. Aber wozu bedürfte es ihrer, da es schon allgemeinen Grundsätzen von der Beweislast gemäß ist, daß derjenige, welcher sich mit der Unkunde entschuldigt, von seinem Gegner verlangen kann, daß er ihm die Kenntniß beweise. Die Gesetze würden hier durch Einführung einer Vermuthung etwas sehr Ueberflüssiges gethan haben.

Auch hier bei der Unwissenheit der Gesetze kann es also nicht als Regel aufgestellt werden, daß derjenige, der sich auf Unwissenheit beruft, die Unwissenheit beweisen müsse. Man mögte freilich einwenden, der Umstand, daß ein gewisses Gesetz gegeben sey, könne und müsse als etwas allgemein Bekanntes angesehen werden. Allein, daraus würden sich Folgerungen ergeben, die über die Beweislast hinausgehen und die Frage über die Beweislast unnöthig machen. Soll die Frage ausgemittelt werden, ob die Unwissenheit vorhanden war, so würde daraus, daß ein gewisses Gesetz öffentlich bekannt gemacht ward, nicht folgen, daß das Gesetz wirklich zur Kenntniß dieses Menschen gelangt sey; überdieß könnte es damit überhaupt nur auf Gesetze einer gewissen Art bezogen werden, nämlich besonders auf solche, die beim Leben dieses Individui und zu einer Zeit gegeben wurden, da er in der Lage war und Veranlassung hatte, sich um öffentliche Angelegenheiten zu bekümmern.

Soviel vom Beweise in Ansehung der Unwissenheit der Gesetze. Was den Irrthum der Gesetze betrifft, so könnte hier für den Irrenden eine Vermuthung allerdings von Nutzen seyn. Allein auch beim Irrthum ist nirgends die Rede davon, daß dieser zum Vortheil gewisser Personen zu ver-

muthen sey. Eine solche Vermuthung kann es nicht füglich geben. Denn das Factum, worauf sich derjenige stützt, der sich geirrt hat oder haben will, besteht doch nicht sowohl im Allgemeinen darin, daß er sich geirrt, als vielmehr, daß er diese oder jene bestimmte falsche Vorstellung gehabt habe. — Auch bei der Unwissenheit und dem Irrthum in Ansehung der Thatsachen kann nur dann vom Beweise die Rede seyn, wenn die Gesetze sie dem Unwissenden oder Irrenden zu Gute halten. Entsteht nun die Frage nach dem Beweise, so kommen die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung, die wir kennen gelernt haben. Den Irrthum muß der Irrende beweisen. Hingegen die Unwissenheit braucht derjenige nicht zu beweisen, welcher behauptet, wie er diesen oder jenen Thatumstand nicht gekannt habe. Der Gegner muß vielmehr beweisen, daß dieser oder jener Vorfall zu seiner Kunde gelangt sey. Die Unkunde dessen, was alle wissen, findet keine Entschuldigung; was aber wenigen, vielleicht nur diesem oder jenem bekannt ist, mit welchem Recht will man Jemanden einen Beweis aufbürden, daß es nicht auch zu seiner Kunde gelangt sey? Die Unkunde fremder Handlungen oder überhaupt aller Begebenheiten, die nicht von uns selbst ausgegangen sind, wie sie der Regel nach verziehen wird, braucht sie auch der Regel nach nicht bewiesen zu werden. Entschuldigung und Freiheit vom Beweise fließen hier fast in einander. Denn wie das Gesetz es billig findet, daß uns die Unkunde fremder Thatsachen zu Gute gehalten wird, findet es zugleich glaublich, daß sie uns entgangen sind. Auch stimmen darin wohl alle überein, daß die Kenntniß der fremden Thatsachen gegen den Unwissenden, nicht die Unkunde von ihm, bewiesen werden müsse.

Was endlich die Unkunde der eigenen Handlungen betrifft, so liegt es in der Natur der Sache, daß eine Handlung zur Kenntniß desjenigen gelangt, der sie vornimmt. Behauptet er dennoch, daß er darüber unwissend gewesen, so wird man billig von ihm verlangen, daß er die außerordentlichen Umstände beweise, welche machten, daß er eine Begebenheit, die von ihm selbst ausging, nicht kannte oder nicht mehr kannte. Diese Umstände, die seine Entschuldigung enthalten, z. B. Ablenkung von der Handlung durch Gegenstände, die seine Aufmerksamkeit besonders in Ansprache nahmen, Ueberladung mit Geschäften, Menge verschiedenartiger Eindrücke, die schnell auf einander folgten und wovon der eine den andern wieder auslöschte, Alter oder Krankheit, die sein Gedächtniß geschwächt haben u. s. w., können ihm nur zu Statten kommen, wenn er dem Richter die Ueberzeugung verschafft, daß sie wirklich vorhanden waren.

## 2. Vom Beweise des guten Glaubens.

Nachdem vom Beweise der Unkunde und des Irrthums die Rede gewesen ist, komme ich jetzt auf den Beweis des guten und bösen Glaubens. Es sind verwandte Materien. Kenntniß und Unwissenheit und Irrthum kommen auch beim Beweise des guten und des bösen Glaubens in Betrachtung.

Es ist zweifelhaft, ob der gute Glaube oder die redliche Gesinnung, welche, den Gesetzen zufolge, zur Verjährung erforderlich ist, in einer positiven guten Meinung — in opinione — bestehe oder nicht vielmehr in bloßer Unwissenheit — in ignorantia. Die Gesetze drücken sich bald so aus, daß man das Eine, bald so, daß man das Andere

glauben muß. Dadurch entsteht die natürliche Folge, daß die Rechtsgelehrten hierüber nicht einig sind.

Zu denjenigen, welche den guten Glauben für nichts Positives halten, gehört Leyser. Leyser behauptet, der gute Glaube bestehe nicht in opinione, sondern in ignorantia [1]). Aber dem scheint entgegen zu stehen, daß durch den Glauben, wenn man sich an das Wort hält, nichts verneint oder weggenommen, sondern vielmehr etwas gesetzt wird. Auch gibt es eine Stelle des römischen Rechts, welche anzudeuten scheint, daß wir uns unter bona fides ein wirkliches Glauben, kein bloßes Nichtwissen, zu denken haben:

> Jure civili constitutum est, ut qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, *cum crederet, eum dominum esse*, rem emerit etc.

Es lassen sich aber wieder andere Stellen anführen, welche Leysers Meinung zu bestätigen scheinen. Besonders gehört hieher der von ihm selbst schon angeführte Ausspruch des Modestinus:

> Bonae fidei emtor esse videtur, *qui ignoravit, eam rem alienam esse* — [2]);

es gehören aber noch viele andere Stellen hieher, welche als völlig gleichbedeutend gebrauchen, *in bona fide* seyn und nicht wissen, z. B. daß die Sache einem Andern gehöre, und, aufhören *in bona fide* zu seyn und erfahren, daß die Sache einen anderen Herrn habe [3]). Und wird Leysers Meinung nicht ganz besonders

[1]) *Leyser* spec. 455.

[2]) L. 109. D. de Verb. Sign.

[3]) L. 3. pr. D. de lege Fabia de plagiariis. L. 15. §. 2. D. de usurpat. L. 38. D. eod. L. 43. pr. et §. 1. D. eod. L. 2. §. 10, 12, 13, 17, 19. D. Pro emt. L. 4. §. 1. D. eod. L. 6. §. 1. D. eod.

bestätigt durch jene so merkwürdige Stelle des canonischen Rechts, welche in allen Fällen der Verjährung fortdauernde bona fides erfordert? Diese setzt in den Schlußworten die bona fides in die *ignorantia rei alienae* [4]. Quoniam omne, quod non est ex fide, peccatum est: synodali judicio definimus, ut nulla valeat absque bona fide praescriptio, tam civilis, quam canonica. — *Unde oportet, ut, qui praescribit, in nulla temporis parte conscientiam habeat rei alienae.*

Mir scheint es, die bona fides könne sich äußern durch positives Glauben, daß der andere Eigenthümer und berechtigt; es sey aber auch bloßes Nichtwissen zur bona fides hinlänglich [5]. Wer nicht weiß, daß die Sache res aliena sey, wem in dieser Hinsicht auch keine Zweifel aufgestiegen sind, der ist in bona fide. Und wenn Jemand von demjenigen eine Sache erwirbt, der nicht die Macht hatte, sie zu veräußern, so ist er in bona fide, wenn er es nicht wußte [6]. Von diesem Nichtwissen und Nichtzweifeln läßt sich ohnehin ein Glauben, daß der Gewährsmann der Eigenthümer und zur Veräußerung berechtigt sey, nicht füglich trennen; wenigstens vertritt das Eine die Stelle des Andern. Wenn Jemand nicht weiß, daß er unrecht handelt, auch nicht zweifelhaft darüber ist, so glaubt er recht zu handeln, und ist also in bona fide. Daher scheint es zu rühren, daß die Gesetze sich bald so,

L. 7. §. 4. D. eod. L. 43. pr. D. de acq. vel am. possessione. L. 9. §. ult. D. qui pot. in pign.

[4]) cap. ult. X. de praescript.

[5]) Man kann in anderer Hinsicht sehr unredlich handeln, und ist doch durch den Mangel der Kenntniß des wahren Eigenthums in bona fide. L. 8. D. pro emt.

[6]) L. 12. D. de usurpat. L. 7. §. 5. D. pro emt.

bald anders ausdrücken; und daher mag die aufgeworfene Frage am Ende auf einen Wortstreit hinauslaufen.

Es gibt aber Fälle, in welchen ein bloßes Nichtwissen nicht hinlänglich, sondern schlechthin ein positives Meinen erforderlich ist. Nämlich, wenn dem Erwerber es an sich nicht unbekannt war, daß die Sache einen anderen Herrn habe, und er sich dennoch überredete, er habe sie auf rechtmäßige Art erworben, z. B. er glaubte, der Veräußerer handle in Auftrag des Eigenthümers. Fälle dieser Art hat Modestinus in jener Stelle besonders berücksichtigt; — das aber gibt der geäußerten Meinung, in den gewöhnlichen Fällen sey ignorantia hinlänglich, ein noch größeres Gewicht. Modestinus fährt nämlich also fort:

— aut putavit eum, qui vendidit, jus vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse.

Hieher würde auch der Fall gehören, dessen Leyser gedenkt, da Jemand gar wohl weiß, die Sache sey eine fremde, sich aber durch den Glauben beruhigt, der Eigenthümer gebe zu der Veräußerung seine Zustimmung [7]). In Fällen dieser Art besteht bona fides *in opinione*. Während Jemand gewöhnlich nur durch Unwissenheit in bona fide ist, wird bona fides hier durch einen Irrthum hervorgebracht.

Schwerer, wie diese Frage, wird eine andere zu beantworten seyn, nämlich, wem vom beiden die Beweislast obliege Die Rechtsgelehrten pflegten wohl zu behaupten, bona fides sey zu vermuthen, und wer dem anderen mala fides vorwirft, müsse die mala fides beweisen. Allgemein war diese Meinung jedoch nicht; denn andere Rechtsgelehrte

---

[7]) *Leyser* c. l. sp. 7.

lehrten zwar auch, daß mala fides zu beweisen sey, nicht aber, daß für bona fides die Vermuthung streite [8]).

Doch ist der Grund, worauf jene Rechtsgelehrten ihre Meinung gebaut haben, nur schwach. Quilibet praesumitur bonus, donec probetur contrarium; aus diesem Grundsatz leiteten sie die Vermuthung her, die für den guten Glauben streiten soll.

Das bekannte *Quilibet praesumitur bonus* gründet sich auf eine Stelle des canonischen Rechts, die gar nicht einmal von sittlicher Güte, sondern von der Fähigkeit zu geistlichen Beneficien redet. Derjenige, dem ein solches Beneficium ertheilt ist, soll nicht nöthig haben, seine Fähigkeit dazu — se esse *idoneum* — zu erweisen, cum prima facie praesumatur idoneus, nisi aliud in contrarium ostendatur [9]). Die Stelle ist, nach Webers Meinung, nur von dem Daseyn bestimmter Hindernisse zu verstehen, deren Vorhandenseyn nicht zu vermuthen sey, sondern bewiesen werden müsse [10]). Auf allen Fall ist es schwerlich die Meinung des canonischen Rechts gewesen, eine wahre Rechtsvermuthung für die Fähigkeit desjenigen, dem ein Beneficium ertheilt ist, aufzustellen, wenn es sich auch so ausdrückt. Die Meinung desselben geht wohl nur dahin, daß der Beneficiat nicht nöthig habe, seine Fähigkeit zu beweisen, daß es vielmehr dem Gegner obliege, die dem Gegner vorgeworfene Unfähigkeit zu beweisen. Wir werden hernach eine andere Stelle des canonischen Rechts kennen lernen, worin gelehrt werden soll, daß Jemand etwas

---

8) So begnügt namentlich Westphal sich, zu bemerken, daß guter Glaube erforderlich sey, man habe aber nicht nöthig, ihn zu beweisen. Westphal über die Arten der Sachen u. s. w. §. 597.

9) cap. ult. X. de praesumt.

10) Weber, von der Verbind-

nicht nöthig habe zu beweisen, und dieß dadurch ausgedrückt wird, es sey dieß zu vermuthen. Noch weniger hat hier eine allgemeine Rechtsvermuthung für menschliche Redlichkeit aufgestellt werden sollen. Gäbe es aber eine Vermuthung für die Güte der Menschen, so würde es eine sehr kühne Voraussetzung seyn, wenn man annehmen wollte, daß nun dieser gute Mensch sich auch in jedem einzelnen Fall als solcher bewährt habe. Soviel aber hat seine Richtigkeit, daß jeder, dem ein Anderer widerrechtliche Handlungen vorwirft, von seinem Gegner fordern könne, daß er ihm diese widerrechtlichen Handlungen beweise; — und ebendaher bedarf es dieser Vermuthung nicht, wenn sie einen anderen Sinn haben soll, als diesen. — Aber auch dieser Grundsatz scheint hier nicht zur Anwendung zu kommen. Denn hier ist nicht eigentlich die Rede davon, sich gegen den Vorwurf der Unredlichkeit zu vertheidigen, sondern der Verjährende will auf vorhanden gewesene redliche Gesinnung gewisse Rechte gründen, die ihm ohne sie nicht zustehen. Daher dürfte auch der Ausspruch des Ulpianus: Qui dolo dicit factum aliquid, licet in exceptione, docere dolum admissum debet [11]), nicht hieher gehören; denn diese Stelle lehrt nur, was mit dem aufgestellten Grundsatz übereinstimmt, daß derjenige, welcher den Anderen des Dolus beschuldigt, um daraus gewisse Rechte gegen ihn herzuleiten — wer seine Klage oder auch nur seine Einrede auf den Vorwurf des Dolus baut, — den Dolus beweisen müsse. In Ansehung des Beweises des guten Glaubens von Seiten des Verjährenden scheint diese Stelle kein Ge-

---

lichkeit zur Beweisführung. S. 135. Note 13.

11) L. 18. §. 1. D. de probat.

wicht zu haben. Der wahre Grund, weshalb der Verjährende nicht nöthig hat, den guten Glauben zu beweisen, scheint darin zu bestehen, daß seine Behauptung in einer reinen Verneinung besteht. Wäre es etwas Positives, sich in bona fide befinden, so müßte dieß von Seiten des Verjährenden eben so gut erwiesen werden, wie andere Erfordernisse der Verjährung von ihm erwiesen werden müssen. Der Verjährende soll ja dem Richter die Wahrheit seiner Behauptung darlegen, daß er unter dem Schutz der Verjährung stehe, und dazu gehört auch das Daseyn der bona fides. Wir haben gesehen, daß es einzelne Fälle gibt, in welchen zur bona fides schlechterdings ein positives Meinen gehört, und in Fällen dieser Art würde der Verjährende den Beweis dieser positiven guten Meinung allerdings führen müssen. Allein, der Regel nach, begnügt bona fides sich mit Nichtwissen, Nichtzweifeln, und dann hat der Verjährende nicht nöthig zu beweisen, was er verneint, er kann vielmehr von seinem Gegner fordern, daß er beweise, er habe gewußt, gezweifelt. Wenn er also sagt, ich habe das nicht gewußt, ich habe daran nicht gezweifelt, so ist von seiner Seite nichts zu beweisen. Er behauptet dann nicht sowohl das Daseyn eines Erfordernisses, als vielmehr die Abwesenheit eines Hindernisses. Wenn er aber den Vorwurf an sich einräumen muß und dann eine Thatsache anführt, die zu seiner Entschuldigung gereichen soll, wie wenn er glaubte, der Veräußerer handle in Auftrag des Eigenthümers, dann kann er sich der Last nicht überheben, den positiven Satz zu beweisen. Auf diese Art stimmt nun alles genau überein. Denn am Ende kömmt alles darauf zurück, was in der vorigen Abhandlung ausgeführt worden, Jemand habe nicht nöthig, seine Unwissenheit, müsse aber seinen Irrthum beweisen. Un-

wissenheit und Irrthum, bald die eine, bald der andere, machen die bona fides, und jene Regel ist auch auf sie anwendbar.

Aber es gibt eine Stelle im Codex, welche ausdrücklich zu enthalten scheint, daß bona fides unter allen Umständen bewiesen werden müsse. Die Stelle lautet allgemein:

*L.* 11. *C. de praescript. longi temp.*

Super longi temporis praescriptione quae ex decem vel viginti annis introducitur, perspicuo jure sancimus, ut sive ex donatione, sive ex alia lucrativa causa bona fide quis per decem vel viginti annos rem detinuisse probetur, adjecto scilicet tempore etiam prioris possessoris, memorata longi temporis exceptio sine dubio ei competat, nec occasione lucrativae causae repellatur.

In dieser Stelle wollte Justinian bloß einen Streit entscheiden, der unter den Rechtsgelehrten im Schwange ging, ob nämlich auch *causa lucrativa* einen Grund zur Verjährung abgeben könne. Die Stelle im Codex handelt gar nicht von der Beweislast, sondern von der zur ordentlichen Verjährung erforderlichen justa causa; des Beweises wird nun nebenher und wie bei Gelegenheit mit gedacht; mit diesem Beweise ist es hauptsächlich auf das Daseyn des Besitzes während der gesetzlichen Zeit, also auf dasjenige abgesehen, worauf es bei der Verjährung vorzüglich ankömmt. Zwar ist der bona fides zugleich mit erwähnt, und wie sie zur Verjährung mit gehört, würde, nach der Stellung der Worte, auch diese mit zu beweisen seyn. Indessen ist es doch zweifelhaft, ob sie hier nicht als ein bloßer Zwischensatz oder wie in parenthesi aufgeführt ist, so nämlich, daß die Frage nach der Beweislast in Ansehung dieser *bona fides* bei Seite liegen blieb. War es

aber die Meinung des römischen Rechts, daß auch vom Daseyn der bona fides dem Richter die Ueberzeugung verschafft werden müsse, so ist doch gerade nicht gesagt, daß dieß, und noch weniger, daß es in allen Fällen durch Beweisführung von Seiten desjenigen, welcher auf diesem Wege erwerben will, geschehen müsse. Es wird überhaupt genug seyn, daß der Richter genöthigt ist, an bona fides auf Seiten des Verjährenden zu glauben. Die bona fides geht in den meisten Fällen, ja der Regel nach, aus dem, was nicht ist, hervor, daraus nämlich, daß Jemand etwas nicht gewußt, an etwas nicht gezweifelt hat. Hier wird bona fides bewiesen, wenn das Gegentheil nicht bewiesen wird. Eine Auslegung dieser Art würde zwar sonst verwerflich seyn, hier scheint sie es weniger zu seyn, weil nämlich die Frage über die Vertheilung der Beweislast in Ansehung der *bona fides* hier gar nicht erörtert werden sollte, und überdieß die besondere Beschaffenheit der *bona fides* mit einer solchen Auslegung wohl zusammen stimmt, bei einer anderen aber das römische Recht widersprechende Bestimmungen enthalten würde [12]. Was aber einer solchen Auslegung ganz besonders zu Statten kommt, ist der Umstand, daß in einer anderen Stelle des Codex, und gerade wieder in Beziehung auf *ignorantia*, ganz auf dieselbe Art verfahren, nämlich ausdrücklich bemerkt wird, wie diese dadurch bewiesen werde, daß das Gegentheil nicht bewiesen wird [13].

---

[12]) L. 21. D. de probat. L. 30. C. de evict. (Beide Stellen, oben Not. 5 und 6.)

[13]) *L. 6. C. Qui militare possunt.* Super servis qui postea ad quandam militiam adspirare tentaverint, vel scientibus, vel ignorantibus dominis, praecipimus. Si quidem ignorantibus his eam meruerint, licere dominis adire com-

Könnte in dieser Hinsicht nach römischem Recht noch irgend ein erheblicher Zweifel Statt finden, so würde er nach canonischem verstummen müssen. Denn ausdrücklich lehrt das canonische Recht:

*Praesumitur ignorantia, ubi scientia non probatur* [14]).

Aber es kömmt in allen Rechtsfällen zunächst auf das Individuelle dieses Rechtsfalls, und besonders in Fällen dieser Art auf die jedesmaligen Umstände an. Wenn also in einzelnen Fällen die Frage vom Richter zu entscheiden ist, ob guter Glaube oder das Gegentheil vorhanden sey, so werden dabei auch die jedesmaligen Umstände gar sehr in Betrachtung kommen, ob sie für den Verjährenden oder gegen ihn sprechen, ob sie die Wahrheit seiner Behauptung unterstützen oder Mißtrauen dagegen erwecken. Diese Umstände werden jedoch, insofern sie eines Beweises bedürfen, bald im Haupt-, bald im Gegenbeweise, von demjenigen bewiesen werden müssen, der darin Entschuldigung finden,

---

petentem judicem, et suam ignorantiam (eo quod contrarium minime probatur) ostendere, eoque modo spoliatos eos militia in suum dominum trahere. Sin vero scientibus his servi militarint: cadere quidem eos non tantum dominio eorum, sed etiam omni patronatus jure. Illos vero ingenuos effectos, si quidem utiles ad militiam eis datam visi fuerint, in ea durare: sin vero minime idonei sint ea privari Super illis autem servis qui jam militaverunt, et adhuc in eadem militia perseverant, licentiam damus dominis intra triginta dierum spatium ab eo tempore connumerandorum quo praesens sanctio divulgata fuerit, vel nostram adhuc clementiam, vel competentes judices, et suam ignorantiam commendare eosque in suum dominium recipere, quo tempore transfacto simili modo tam dominio quam omni patronatus jure cadere eos necesse est.

[14]) cap. 47. de reg. juris in 6to.

oder sich damit gegen Verdacht rechtfertigen — oder ihn erregen will.

Wenn wir jetzt zum Schluß von positiven Gesetzen gänzlich hinwegsehen und bloß die Natur der Sache in Betrachtung ziehen, so werden wir auf einem anderen Wege immer zu denselben Resultaten gelangen. Und kann es anders seyn, konnte wohl in Sachen dieser Art Willkühr Statt finden? Setzen wir uns also an die Stelle eines Gesetzgebers, der für Fälle dieser Art dem Richter eine Anweisung geben wollte, wie er sich bei Ausmittelung der bona fides verhalten solle, er würde etwa so denken. Man kann den Sachen nicht ansehen, wem sie gehören, und eben so wenig im täglichen Verkehr erst eine Untersuchung darüber anstellen, auf welchem Wege sie an den Andern, der sie uns überlassen will, gelangt sind. Im gemeinen Leben gilt der für den Eigenthümer, der sich im Besitz der Sache befindet, vorausgesetzt, daß er sich überhaupt für den Eigenthümer ausgibt. Indem nun Jemand eine Sache an den Anderen zu veräußern sich bereit erklärt, z. B sie ihm zu Kauf stellt, gibt er sich schon dadurch, schon durch die That, für den Eigenthümer und überhaupt für einen zur Veräußerung Berechtigten aus. Eine solche Art von Versicherung ist in diesem Fall sogar sicherer, wie eine ausdrückliche; denn diese würde nur Mißtrauen gegen die Wahrheit der Aussage des Anderen erwecken. Man würde sehr natürlich auf den Gedanken gerathen, woher es doch wohl kommen möge, daß der Andere gegen alle Gewohnheit etwas ausdrücklich erkläre, was durch die Handlung selbst schon so deutlich an den Tag gelegt sey. Man würde in dieser Versicherung eine heimliche Einwirkung des bösen Bewußtseyns zu erkennen glauben. Hingegen wird Niemand ohne besondere

Veranlassung in die durch die That selbst erklärte Versicherung des Anderen Zweifel setzen. Für einen Berechtigten nimmt ihn derjenige, dem er die Sache überlassen will; dieser würde sich sonst mit ihm so leicht in kein Geschäft einlassen. Wer auch nicht aus Rechtschaffenheit den Erwerb einer fremden Sache verschmäht, dem verbietet in vielen Fällen und namentlich, wenn die Sache gegen Vergeltung veräußert werden soll, schon die Klugheit, eine Sache zu erwerben, von der er weiß, daß sie einem Anderen gehört, oder daß der Besitzer nicht die Macht hat, sie zu veräußern, oder von der er dieß auch nur zweifelhaft findet. Denn sein Besitz würde sehr unsicher seyn, und jeden Augenblick müßte er besorgen, daß er die Sache, die er gegen Vergeltung erwarb, unentgeldlich zurückgeben müßte und die Waare und der Preis zugleich verloren ginge. Dieser Gefahr setzt sich so leicht Niemand aus. Aber, ganz abgesehen von dem, was Rechtschaffenheit fordert und Klugheit rathsam macht, kann Jemand in die Aussage des Anderen nur dann kein Vertrauen setzen, wenn er vom Gegentheil unterrichtet ist oder Grund hat, an der Wahrheit der Aussage des Anderen zu zweifeln. Es lassen sich mancherlei Gründe denken, die einen Verdacht dieser Art erwecken können. Z. B. wenn die Sache zu kostbar ist, als daß man glauben könnte, daß dieser Veräußerer auf rechtmäßige Art zum Besitz einer solchen Sache gelangt sey, oder wenn sie ihm für einen gar zu geringen Preis feil ist, überhaupt, wenn es ihm sehr darum zu thun ist, ihrer entledigt zu werden, ohne daß die Noth ihn dazu zu zwingen scheint, oder wenn frühere Handlungen den Verdacht der Unredlichkeit gegen ihn erwecken. Auch die Beschaffenheit der Begebenheit, wodurch die Sache an den Veräußerer gelangte,

wird in Betrachtung kommen, ob sie in der Nähe oder Ferne, heimlich oder öffentlich sich zugetragen. In manchen Fällen wird man glauben müssen, diese fehlerhafte Erwerbsart sey zur Kenntniß des Erwerbers gelangt, in anderen, sie sey ihm verborgen geblieben. Gesetzt z. B., Jemand kauft ein Pferd auf einem Pferdemarkt, etwa von einem als redlichen Mann bekannten oder doch unbescholtenen Pferdehändler, wie soll der wissen, daß dieses Pferd 70 Meilen von dort von der Weide gestohlen ist, oder wie kann auch nur ein Verdacht der Art in ihm entstehen! Kann Jemanden nun nicht bewiesen werden, daß er von der Wahrheit unterrichtet gewesen, hatte er auch keinen Grund, an der Aufrichtigkeit des Veräußerers zu zweifeln, so wird der Richter sich bei der Wahrheit seiner Behauptung, daß er die Sache in der guten Meinung, der Andere sey zur Veräußerung berechtigt, erworben habe, die schon an sich so wahrscheinlich ist, beruhigen müssen. Bleibt nach den Umständen ein Verdacht gegen ihn zurück, so wird er ihn durch seinen Eid entfernen und dadurch den guten Glauben bestätigen müssen.

Auf solche Art, wird man sagen, sey die Theorie der Alten, wornach für das Daseyn des guten Glaubens die Vermuthung streitet, doch so unrichtig nicht gewesen. Es komme am Ende immer dahin zurück, daß es von Seiten desjenigen, der sich auf guten Glauben beruft, keines Beweises des guten Glaubens bedürfe, und in diesem endlichen Resultat stimme die hier vorgetragene Theorie mit der Lehre der Alten überein. Dieß würde indessen gar nichts für die Güte dieser alten Theorie beweisen. Was wäre es Anderes, als ein bloß zufälliges Zusammentreffen des einen, der einen falschen, mit einem anderen, der den rechten Weg einschlug. Es ist nicht genug, einen richtigen Satz aufzu-

stellen, man muß ihn auch aus richtigen Gründen herleiten und mit ihnen gegen Anfechtungen vertheidigen können. Die Gründe, worauf ein gewisser Satz beruht, geben ihm erst die rechte Bedeutung und verhüten zu gleicher Zeit, daß er über die Gebühr ausgedehnt und auf der anderen Seite ungebührlich eingeschränkt werden kann. Stritte für bona fides die Vermuthung, so würde diese Vermuthung mit gleicher Stärke durchgehends vorhanden seyn, bona fides würde selbst dann zu vermuthen seyn, wenn sie in einzelnen Fällen — bewiesen werden muß. Nicht *bona fides* ist zu vermuthen, wohl aber *ignorantia* anzunehmen, und zwar nicht, weil sie besonders glaubwürdig ist, sondern weil durch sie etwas verneint wird, wovon der Gegner das Gegentheil beweisen muß.

Wer seinem Gegner mala fides vorwirft, — damit ich das Resultat kurz angebe, vermischt mit Bemerkungen, die ich früher zu machen keine Gelegenheit gehabt oder sie versäumt habe — muß die mala fides beweisen. Geradezu läßt sie sich nicht beweisen, es müssen Umstände bewiesen werden, die sie glaubwürdig machen [15]). Und dem Gegner wird es erlaubt seyn, diesen Umständen im Gegenbeweise andere Umstände entgegen zu setzen, die ihnen ein anderes Ansehen geben oder auf gute Meinung und redliche Gesinnung hindeuten. Der Richter kann das Daseyn der mala fides auch durch das Geständniß erkennen. Ohne Zweifel kann derjenige, dem der Beweis der mala fides obliegt, seinen Gegner auch durch Eideszuschiebung zum Geständniß zu zwingen suchen. Denn der Eid kann ja auch über unerlaubte Handlungen zugeschoben wer-

15) L. 30. C. de evict.

den und über den Dolus [16]), warum also nicht auch über mala fides? Nur dann ist bona fides von Seiten des Verjährenden zu beweisen, wenn sie nicht in bloßer Unkunde besteht, der Verjährende die Kenntniß vielmehr einräumen muß, und er dennoch aus besonderen Gründen, weil er dieß oder jenes geglaubt hat, in bona fide gewesen seyn will, in welchem Fall er ein positives Factum, einen Irrthum behauptet, den er beweisen muß. Auch in solchen Fällen kann bona fides nicht geradezu bewiesen werden, und hier kann zur Erlangung eines Geständnisses dem Gegner nicht einmal der Eid zugeschoben werden über eine im Innern des Zuschiebenden vorgegangene Begebenheit, wovon der Gegner keine Kenntniß hat und haben kann. Hier ist der Beweisführer durchaus darauf beschränkt, das Daseyn von Umständen beweisen zu müssen, welche das Daseyn des guten Glaubens anzeigen oder glaubwürdig machen. Sie werden aber schwerlich ausreichen; daher wird auch hier am Ende nichts übrig bleiben, als daß der Beweisführer die Wahrheit seiner Behauptung mit einem Eide bekräftigen muß. Sind dergleichen Umstände schon im ersten Verfahren ausgemittelt, so würde, glaube ich, der Richter, ohne erst weiteren Beweis zu verlangen, sogleich auf diesen Eid erkennen müssen, weil es ja auch beim Gelingen des Beweises dazu kommen würde Und wie, wenn er nun mißlänge, dieser Beweis? Dann würde der Richter gar genöthigt seyn, demjenigen mala fides zur Last zu legen und denjenigen als der mala fides schuldig zu behandeln, von dem es doch nach den Umständen wahrscheinlich wäre, daß er in bona fide gewesen sey. Er hätte sich dann selbst unfähig gemacht, auf den Eid erkennen zu können.

[16]) *Georg Ludwig Boehmer* de auctor. jud. circa jusjurandum delatum §. XI. (Electa jur. civ. tom. 2. p. 665 sq.)

# III.

# Zur Lehre vom Besitz.

(Im Junius 1835.)

## 1. Ueber den Grundsatz: *Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest.*

In den Schriften der Alten fanden die römischen Rechtsgelehrten eine Rechtsregel, von welcher sie, wie es scheint, zum Theil selbst nicht wußten, was sie daraus machen sollten. Was Wunder, daß die Neueren es auch nicht wußten. Die Regel lautet so: Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest [1]).

Bei der Vieldeutigkeit des Worts frägt es sich zuvörderst, was unter *causa* possidendi zu verstehen sey. Etwa die Beschaffenheit des Besitzes? Nein, der Grund desselben. Causa possidendi ist, wie Elenus bemerkt, die *ratio possidendi* und, wie er erläuternd hinzufügt, die *ratio, quam reddituri sumus, interrogati, cur possideamus*, z. B. pro possessore, pro haerede, pro emtore, pro suo [2]). Die causa possidendi werde hier, fährt er fort, in demselben Sinn gebraucht, worin Paulus den Ausdruck nimmt, wenn er lehrt, besitzen könne man ex *pluribus* causis, zum Eigenthum gelangen nur aus einer [3]).

[1]) *L. 3. §. 19. D. de acquir. vel amitt. poss.* Illud quoque a veteribus praeceptum est, neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse.

[2]) *Hieronymi Eleni* Diatrib. s. Exercitat. lib. 2. cap. 17. (*Otto* thesaur. tom. 2. p. 1443 sq.)

[3]) *L. 3. §. 4. D. de acquir. vel amitt. poss.* Ex pluribus

In der That ist dieß ja auch die gewöhnliche Bedeutung, worin der Ausdruck *causa* und worin er namentlich beim Erwerb des Besitzes, gleichwie des Eigenthums, gebraucht wird. Die causa possidendi bezeichnet die Ursache des Besitzes und ist gleichbedeutend mit dem, was wir den titulus possidendi nennen und was schon selbst im römischen Recht so genannt wird [4]), aus welchem wir den Ausdruck eben entlehnt haben; sie ist also dasselbe, was beim Erwerb des Eigenthums die causa dominii acquirendi ist. Mit der letzteren kann die erstere zusammenfallen; die *causa possidendi* kann zugleich die *causa dominii acquirendi*

---

causis possidere eandem rem possumus, ut quidam putant: et eum, qui usuceperit, et pro emptore et pro suo possidere. Sic enim et si ei, qui pro emptore possidebat, heres sim, eandem rem et pro emptore, et pro herede possideo. Nec enim, sicut dominium non potest nisi ex una causa contingere, ita et possidere ex una duntaxat causa possumus. *Elen. c. l.* Der Grund dieser Verschiedenheit liegt darin, daß der Besitz eine bloße Thatsache, das Eigenthum aber ein Recht ist. Für eine Thatsache oder eine Handlung, die man vornimmt, lassen sich mehrere Gründe anführen, aber ein Recht, was wir erworben haben, können wir nicht zum zweiten Mal erwerben. Quod semel nostrum est, amplius nostrum fieri nequit. *Brunnemann* ad L. 3. D. de acquir. vel amitt. poss. no. 8. Die von Brunnemann angeführte bekannte Regel steht in folgenden Stellen: *L.* 14. §. 2. *D. de exc. rei jud.* — neque enim amplius quam semel res mea esse potest: saepius autem deberi potest. *L.* 159. *D. de reg. jur. Paul.* Non ut ex pluribus causis deberi nobis idem potest, ita ex pluribus causis idem possit nostrum esse.

[4]) *L.* 7. *D. de acquir. vel amitt. poss.* Improba possessio firmum titulum possidenti praestare nullum potest. Unde ingredientem in vacuam possessionem alieni fundi non consentiente domino, vel actore, qui ejus rei concedendae potestatem habuit, causam justam possessionis adipisci non potuisse certum est.

seyn und es ist ganz in der Ordnung, wenn dieß der Fall ist.

Die Regel will also: Niemand kann nach Belieben den Grund seines Besitzes verändern. Das heißt, Niemand kann durch seinen bloßen und zwar durch seinen einseitigen Willen an die Stelle des Grundes, vermöge dessen er ursprünglich zum Besitz gelangt ist, einen anderen setzen.

Hingegen kann er, ohne daß die Regel verletzt wird, den Grund seines Besitzes verändern,

1) wenn er den bisherigen Besitz ganz aufgibt und einen neuen anfängt [5]). Dieß kann nun zwar nicht durch den bloßen Willen, wohl aber durch eine Handlung geschehen, wodurch er einen neuen Besitz anfängt. Ohne daß er nöthig hätte, die Sache aus den Händen zu geben, kann dieß dadurch geschehen, daß er sich an der ihm anvertrauten beweglichen Sache vergreift, oder, mit dem Ausdruck des römischen Rechts, daß er in der Absicht, sie sich zuzueignen, ein *factum contrectationis* daran vornimmt, wozu ein *loco movere* gehört [6]). Sowie nämlich überhaupt der Besitz einer beweglichen Sache verändert wird, wenn man sie uns stiehlt oder raubt [7]), so geschieht dieß auch namentlich, wenn derjenige, in dessen Gewahrsam sie sich bereits

---

[5]) *L. 19. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss.* Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est, de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens, hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret: non si quis dimissa possessione prima, ejusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.

[6]) L. 3. §. 18. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 15. D. ad exhib.

[7]) L. 15. D. de acquir. vel amitt. poss.

befindet, ein factum contrectationis und mithin im Sinne des römischen Rechts, nach welchem bekanntlich zum Wesen des Diebstahls ein Wegnehmen aus fremder custodia nicht nothwendig gehört, gleichfalls ein furtum daran begeht. Durch jene äußerliche Handlung verliert der bisherige Besitzer seinen Besitz und der Inhaber erlangt ihn. Zum Erwerb dieses Besitzes würde ein *loco movere* an und für sich nicht einmal nöthig seyn; aber dieß loco movere, amovere, auferre gehört nothwendig zu einem an der Sache selbst zu begehenden Diebstahl und schließt zugleich eine Ergreifung des Besitzes in sich. Der Inhaber, welcher bisher in fremdem Namen in Besitz sich befand, fängt nun an, für sich selbst (pro possessore) zu besitzen [8]). Denn der Besitz als eine bloße Thatsache bedarf zu seinem Daseyn keines rechtlichen Grundes. Abgesehen von den Wirkungen des Besitzes, kommt es zunächst nicht darauf an, ob Jemand mit Recht oder Unrecht besitzt. Besitzt er gleich injuste, so besitzt er doch [9]). Zum Erwerb des Eigenthums und anderer Rechte gehört justa causa; der Besitz wird auch ex causa injusta erworben [10]).

---

[8]) L. 11. §. 1. D. de her. pet. L. 12. D. eod. L. 13. pr. et §. 1. D. eod. L. 14. §. 2. D. Quod metus causa.

[9]) *L. 1. §. 4. D. de acquir. vel amitt. poss.* — res facti jure civili infirmari non potest — L. 3. §. 5. D. eod. L. 16. et 24. D. eod. L. 33. §. 1. D. de usurpat.

[10]) Eine andere Frage ist, wie weit ein solcher Besitz geschützt werden kann. Gegen dritte Personen wird auch ein fehlerhafter Besitz, und gegen Gewalt wird er ohne Unterschied geschützt. *L. 1. §. 9. D. Uti possid.* Quod ait praetor in interdicto, *nec vi, nec clam, nec precario, alter ab altero possidetis*, hoc eo pertinet, ut si quis possidet vi, aut clam, aut precario, si quidem ab alio, prosit ei possessio: si vero

Jene Regel wird ferner 2) sodann nicht verletzt, wenn die Veränderung des Grundes, vermöge dessen Jemand besitzt, mit Zustimmung des Anderen geschieht. Dieser Andere kann der Eigenthümer, aber, wie es scheint, auch sonst Jemand seyn, wenigstens Einer, den der Besitzer für berechtigt hielte, ihm Rechte auf den Besitz einzuräumen. Denn es kommt hier doch nur darauf an, daß der Grund des Besitzes, der, wie gesagt, kein rechtlicher zu seyn braucht, nicht ohne äußere Veranlassung nach Willkühr verändert wird. Wer auch das Rechtsgeschäft mit uns schließt, in Folge dessen wir auf's Neue zu besitzen anfangen, es wird nicht durch den bloßen einseitigen Willen des Besitzers die causa possidendi verändert, sondern von außen kommt eine neue causa, und diese *causa extrinsecus accedens* verdrängt die ältere causa [11]). Es ließe sich sogar denken,

ab adversario suo, non debeat eum propter hoc, quod ab eo possidet, vincere. Has enim possessiones non debere proficere palam est. *L.* 2. *D. eod.* Justa enim, an injusta adversus caeteros possessio sit, in hoc interdicto nihil refert. Qualiscumque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. *L.* 53. *D. de acquir. vel amitt. poss.* Adversus extraneos vitiosa possessio prodesse solet. §. 6. J. de interdictis.

11) *L.* 6. §. 3. *D. de precario.* Julianus ait, eum, qui vi alterum dejecit, et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario: neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare: cum voluntate ejus, quem dejecit, coeperit precario possidere. Nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere. *L.* 22. *pr. D. eod.* Si is, qui pro possessore possideret, precario dominum rogaverit, ut sibi retinere rem liceret, vel is qui alienam rem emisset, dominum rogaverit; apparet eos precario possidere, nec existimandos mutare sibi causam possessionis,

daß ein Rechtsgeschäft ganz von derselben Art, wie dasjenige war, vermöge dessen Jemand ursprünglich zum Besitz gelangte, in der Folge geschlossen würde, und es wäre doch

---

quibus a domino concedatur precario possidere. Nam et si id, quod possideas, alium precario rogaveris, videri te desinere ex prima causa possidere et incipere ex precario habere: et contra si possessorem precario rogaverit, qui rem avocare ei posset, teneri eum precario, quoniam aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit, id est possessio, quae aliena sit. *L.* 33. §. 1. *D. de usurpat. et usucap.* Quod vulgo respondetur, *ipsum sibi causam possessionis mutare non posse*, totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere, et lucrifaciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse: Si quis emerit fundum sciens ab eo, cujus non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere: nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. Idemque juris erit, etiam si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. Item si a domino heres institutus fuerit, vel bonorum ejus possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. Hoc amplius, si justam causam habuerit existimandi, se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit: nec causam possessionis sibi mutare videbitur. Cum haec igitur recipiantur in ejus persona, qui possessionem habet: quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo, nec mortuo domino ullam possessionem habet. Et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem ejus vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere. *L.* 1. §. 2. *D. Pro donato.* Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. Item si vir uxori rem donaverit, et divortium intercesserit, cessare usucapionem, Cassius respondit: quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare. Alias ait, post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intelligatur. Possidere autem uxorem rem a viro donatam, Julianus putat.

eine Veränderung mit der causa possessionis vorgegangen z. B. Jemand hätte die Sache von einem Fremden gekauft, nun kaufte er sie von dem Eigenthümer. In beiden Fällen besäße er pro emtore, und doch wäre der Grund des Besitzes verändert. Denn nicht der Kauf überhaupt ist der Grund des Besitzes, sondern ohne Zweifel dieser individuelle Kauf [12]).

Es kann sich auch unbeschadet jener Regel ein Besitzer in einen bloßen Inhaber verwandeln; dann verändert er aber nicht den Grund des Besitzes, am wenigsten zum Nachtheil eines Anderen, sondern er verliert den Besitz, der auf den Anderen übergeht, in dessen Namen er fortan nur im Besitz sich befindet. Statt den Grund seines Besitzes zu verändern, hört er gänzlich auf, zu besitzen [13]). Ohnehin kann auch eine solche Veränderung nur mit Zustimmung des Anderen, also nicht durch einseitigen Willen, geschehen.

Auf bloße Inhaber könnte die Regel: Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest, wenn man es genau nehmen will, überhaupt keine Anwendung finden, weil sie, die nicht besitzen, auch nicht den Grund ihres Besitzes verändern können [14]); indessen können sie freilich ihr bloßes

---

[12]) Zur Bestätigung könnte hier wohl dienen: *L.* 2. §. 21. *D. Pro emtore.* Si rem alienam emero, et cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. Sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait *Julianus* causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit. Idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset. Eaque sententia vera est. S. auch L. 5. D. de precario.

[13]) L. 18. pr. D. de acquir. vel amitt. poss.

[14]) *L.* 3. §. 20. *D. de acquir. vel amitt. poss.* Sed si is, qui apud me deposuit, vel commo-

Innehaben in Besitz verwandeln, und da sie vorher im Namen eines Anderen im Besitz waren, nun für sich selbst besitzen wollen; insofern würde die Regel sich auch auf sie anwenden lassen, und wirklich wird sie auch auf sie, als wären sie darunter begriffen, was sie doch eigentlich nicht sind, angewandt, wie wir dieß auch schon oben gesehen haben [15]). Durch bloßes einseitiges Wollen ohne Zustimmung desjenigen, in dessen Namen sie besitzen, können sie ihr bloßes Innehaben nicht in Besitz verwandeln; mit seiner Zustimmung kann es wohl geschehen.

Ein neuerer Schriftsteller lehrt: Mit jener Regel: *Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*, habe es sich auf die alte von Hadrian aufgehobene usucapio pro haerede bezogen; die Rechtsregel habe den Besitzer und den Inhaber gehindert, ihren Besitz willkührlich in eine possessio pro haerede zu verwandeln und dadurch mit leichter Mühe das Eigenthum von Gütern zu erwerben, die, zum Nachlaß eines Anderen gehörig, ein Dritter ererbt hatte. Er schließt dieß aus der Uebereinstimmung der Ausdrücke, deren sich Gajus von der possessio und usucapio pro haerede, und andere römische Rechtsgelehrte, wenn sie von der Rechtsregel handeln: Nemo sibi ipsi causam posses-

---

davit, eam rem vendiderit mihi, vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem.

[15]) L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap. in fine. (S. die vorhergehende Note 11.) *L.* 2. §. 1. *D. pro haerede.* Quod vulgo respondetur, *causam possessionis neminem sibi mutare posse*, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis, sed etiam naturalis intelligatur. Et propterea responsum est, neque colonum, neque eum, apud quem res deposita, aut cui commodata est, lucri faciendi causa pro haerede usucapere posse.

sionis mutare potest, in zweien Stellen der Pandecten bedienen [16]). Jene Regel, setzt er hinzu, habe seit Hadrian ihre bestimmte Bedeutung größtentheils und im Justinianeischen Recht gänzlich verloren; auch würden uns in den Pandecten meistens nur solche Fälle nachgewiesen, in welchen sie nicht solle zur Anwendung kommen können [17]).

Jene Regel ist schwerlich für die possessio pro haerede erfunden, sondern nur auf sie angewandt. Es mag wohl seyn, daß sie ganz besonders bei der possessio pro haerede zur Sprache kam, oder diese gar zur Aufstellung der Regel die erste Gelegenheit gab, allein daß es sich damit auf sie allein bezogen haben sollte, glaube ich nicht. Dieß anzunehmen, verbietet der allgemein lautende Inhalt der Regel, die auf die possessio pro haerede nicht eingeschränkt ist und der Grund, worauf sie beruht, der für alle Fälle des Besitzes gemeinschaftlich ist. Niemand soll aus eigener Macht und durch den bloßen Gedanken den Grund seines Besitzes verändern dürfen; er kann das Geschehene nicht ungeschehen machen, noch etwas Anderes nach Belieben zum Nachtheil eines Dritten an dessen Stelle setzen; soll eine Veränderung des Grundes Statt finden, so muß wirklich eine Veränderung geschehen seyn und zwar eine, die von außen kommt. Auch ist jene Regel selbst im neuesten römischen Recht als allgemein gültig und als noch jetzt gültig gegeben, die auf jeden Besitzer und selbst auf den bloßen Inhaber angewandt wird [18]).

---

16) L. 33. §. 1. D. de usurpat. et usucap. L. 2. §. 1. D. Pro haerede.

17) v. Savigny Recht des Besitzes, erster Abschnitt, §. 7. S. 56 folg.

18) *L. 5. C. de acquir. vel retin. poss.* Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa excolendi occasione ad iniquae venditionis

Sie ließe sich noch über den Besitz hinweg auf das Eigenthum und andere Rechte ausdehnen und würde noch immer gültig seyn. So gut man sagt: *nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest*, eben so gut könnte man auch sagen: *nemo sibi ipsi causam dominii acquirendi mutare potest.* Nur versteht sich bei dem Eigenthum und bei anderen Rechten das von selbst, was beim Besitz, als einer bloßen Thatsache, noch bezweifelt werden könnte.

Eine scheinbare Abweichung von dem Grundsatz: Nemo causam possessionis sibi mutare potest, fanden die Ausleger in einer Stelle des Papinian:

*L.* 47. *D. de acquir. vel amitt. poss.*

Si rem mobilem apud te depositam, aut ex commodato tibi possidere, neque reddere constitueris, confestim amisisse me possessionem vel ignorantem, responsum est. Cujus rei forsitan illa ratio est, quod rerum mobilium neglecta atque omissa custodia, quamvis eas nemo alius invaserit, veteris possessionis damnum afferre consuevit. Idque Nerva filius libris de usucapionibus retulit. Idem scribit, aliam causam esse hominis commodati omissa custodia; nam possessionem tamdiu veterem fieri, quamdiu nemo alius eum possidere coeperit: videlicet ideo, quia potest homo, proposito redeundi, domino possessionem sui conservare, cujus corpore caeteras quoque res possumus possidere. Igitur earum qui-

vitium esse prolapsum: praeses provinciae inquisita fide veri dominii tui jus convelli non sinet.

quidem rerum, quae ratione vel anima carent, confestim amittitur possessio: homines autem retinentur, si revertendi animum haberent.

Diese scheint wiederum mit einer Stelle des **Paulus** in Widerspruch zu stehen, nämlich mit

*L.* 3. §. 18. *D. de acquir. vel amitt. poss.*

Si rem apud te depositam furti faciendi causa contrectaveris, desino possidere. Sed si eam loco non moveris et inficiandi animum habeas, plerique veterum, et Cassius et Sabinus recte responderunt, possessorem me manere: quia furtum sine contrectatione fieri non potest, nec animo furtum admittatur.

Die Glossographen, und mit ihnen die späteren Ausleger, suchten die Stelle des **Papinian** so zu erklären, daß sie annahmen, es werde hier vorausgesetzt, daß der Inhaber sich in den Besitz der Sache gesetzt habe. Der bloße veränderte *animus* könne nicht in Betrachtung kommen; er müsse mit der Sache **ein** *factum contrectationis* vorgenommen haben [19]).

Es sieht aber jeder auf den ersten Blick, wie **Papinian** selbst die Meinung nicht gehegt habe, die ihm hier beigelegt wird. Er spricht bloß von dem Fall, da Jemand **bei sich beschlossen hat**, nicht länger für den Anderen, sondern fortan für sich selbst zu besitzen, also bloß von der Veränderung **des** *animus;* hingegen von einer äußerlichen Handlung, wodurch er einen neuen Besitz angefangen hätte,

---

[19]) *Donell.* Com. lib. 5. cap. 12. lit. d. *Matthaeus* de criminibus ad lib. 47. tit. 1. no. 4. *Brunnemann* ad L. 47. D. de acquir vel amitt. poss. *Averan.* Interpret. lib. 1. cap. 28. no. 19.

ist mit keiner Sylbe die Rede. Es kommen sogar in der Stelle einige Ausdrücke vor, welche deutlich anzuzeigen scheinen, daß Papinian keine äußerliche Handlung zum bloßen Verlust des Besitzes, von welchem er allein nur spricht, für nöthig gehalten habe. Denn er sucht den Rechtssatz, daß bei beweglichen Sachen der Besitz des bisherigen Besitzers durch die Veränderung des Willens desjenigen, der für ihn im Besitz sich befindet, verloren wird, dadurch zu rechtfertigen, daß bei beweglichen Sachen die neglecta atque omissa custodia, *quamvis eas nemo alius invaserit*, veteris possessionis damnum adferre consuevit. Er setzt hinzu: aliam causam esse hominis commodati, omissa custodia. Nam possessionem tamdiu veterem fieri (der bisherige Besitz, dessen Gegenstand der Sclave ist, dauere ausnahmsweise fort) *quamdiu nemo alius eum possidere coeperit*. Es könnte also nur die Frage seyn, ob nicht zur Hebung eines sonst unvermeidlichen Widerspruchs das, was die eine Stelle — diejenige des Papinian — nicht sagt, vermöge einer anderen — derjenigen des Paulus — hinzugesetzt werden müsse. Paulus lehrt in der angeführten L. 3. §. 18. D. de acquir. vel amitt. poss., daß durch ein furtum im Sinn des römischen Rechts der Besitz einer Sache nicht anders verloren geht, als wenn der Inhaber ein factum contrectationis damit vornimmt; denn dieses gehöre zum furtum; die bloße Absicht, dem Eigenthümer das Depositum abzuleugnen — der animus inficiandi — sey dazu nicht hinlänglich. Von einer Veränderung, die mit dem animus possidendi vorgegangen, ist hier nicht die Rede; nur vom animus inficiandi spricht Paulus. Dieser animus inficiandi scheint indessen den animus possidendi einzuhüllen. Hat Einer den festen Vorsatz gefaßt, abzu-

leugnen, daß ihm die Sache in Verwahrung gegeben sey, dann könnte man wohl versucht seyn, zu glauben, er müsse zugleich den Willen angenommen haben, sie für sich selbst zu besitzen. Und die Ausleger müssen dieß wirklich geglaubt haben, wie könnten sie sonst auf den Gedanken gerathen seyn, beide Stellen als einander widerstreitend und nur auf jene Art vereinbarlich anzusehen. Allein, wenn man der Sache weiter nachdenkt, haben beide Stellen mit einander und der animus possidendi mit dem animus inficiandi nichts zu schaffen. Es ist freilich leicht, sehr leicht möglich, daß der animus possidendi neben dem animus inficiandi vorhanden ist. Aber an sich selbst sind beide von einander verschieden, und der animus possidendi ist nicht nothwendig in dem animus inficiandi enthalten. Auch ist Paulus weit davon entfernt, hier die Natur des Besitzes entwickeln zu wollen; er hat es bloß mit dem Diebstahl zu thun. Die Lehre des Papinian kommt also mit derjenigen des Paulus nicht in Collision; beide handeln von verschiedenen Dingen. — Allein es erhebt sich ein neuer Zweifel. Es scheint nämlich, daß die Lehre des Papinianus mit sonstigen Grundsätzen des römischen Rechts über den Verlust des Besitzes, den ein Anderer für uns ausübt, nicht wohl zusammen stimme. Denn wie sollte ein Besitzer den Besitz bloß deshalb verlieren, weil der Inhaber nicht länger für ihn besitzen will, da er ihn beibehält, wenn dieser das Leben oder den Verstand und damit zugleich jenen Willen, für ihn zu besitzen, verliert [20])? Allein es ist dieß Letztere eine Abweichung von den Grundsätzen des strengen Rechts, etwas,

---

[20]) L. 25. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss. L. 31. §. 3. D. de usurpat. et usucap.

wovon es heißt: Propter utilitatem receptum est [21]). Und daher könnte dieß, was die Lehre des Papinian im ersten Augenblick wankend zu machen schien, am Ende dazu dienen, sie zu befestigen.

Die Rechtsregel: Nemo sibi ipsi causam possessionis mutare potest, als das Hauptthema unserer Untersuchung, wozu wir zurückkehren, bleibt auf allen Fall unverletzt, weil in jener Stelle des Papinian gar nicht die Rede davon ist, daß der Besitzer durch sein bloßes Wollen den Grund des Besitzes — und damit den Besitz selbst — verändern oder sein Innehaben in Besitz verwandeln könne, sondern daß der bisherige Besitzer seinen Besitz verliert, wenn der Inhaber nicht länger für ihn, sondern fortan für sich selbst besitzen will.

## 2) *Possessio precaria.*

### §. 1.

In der Regel hängt es von dem freien Willen eines Jeden ab, ob er einen Vertrag eingehen und sich durch Vertrag verbindlich machen will oder nicht. Insbesondere gilt dieß von Rechtsgeschäften, die bloß zum Vortheil des Anderen gereichen, die bloße Wohlthaten für ihn enthalten, deren Errichtung er, wie diese Wohlthaten selbst, bloß unserer Güte zu verdanken hat. Ist aber einmal ein solcher Vertrag geschlossen, dann hängt es nicht mehr von unserm Willen ab, ob der Andere die Rechte, die wir ihm für eine gewisse Zeit oder für immer eingeräumt, die Wohlthaten, die wir ihm erwiesen haben, ferner noch haben oder ge-

---

[21]) L. 40. §. 1. D. de acquir. vel amitt. poss.

nießen soll. Auch wider unsern Willen fährt er fort, sich ihrer zu erfreuen. Haben wir uns einmal gewisser Rechte begeben, oder gewisse Verbindlichkeiten einmal übernommen, so können wir nicht nach Willkühr jene zurücknehmen oder diesen uns entziehen, es müßten denn besondere Gründe uns dazu befugt machen.

Es kann aber seyn, daß der Vertrag gleich Anfangs in der Art errichtet worden, daß es, nach der ausdrücklichen Erklärung desjenigen, der dem Anderen gewisse Rechte einräumte, oder nach dem, was nach den Umständen anzunehmen ist, dem Ertheiler jeden Augenblick frei stehen soll, das, was er uns bewilligt hat, zurückzunehmen. Oft tritt der Fall ein, daß Jemand etwas für den Anderen thun oder dem Anderen den Gebrauch einer Sache einräumen will, er weiß aber nicht, ob es ihm immer und wie lange es ihm gelegen seyn wird, ob er seiner Sache nicht selbst bedürfen wird, ob die Umstände nicht eine Veränderung seiner Gesinnung hervorbringen werden u. s. w., er will sich also die Hände nicht binden. Was er für jetzt gibt oder bewilligt, soll gegeben oder bewilligt seyn; er will aber nicht genöthigt seyn, ferner zu geben oder zu bewilligen, oder in diesem Verhältniß mit dem Anderen ferner zu bleiben, wenn es ihm nicht mehr gefallen wird, darin zu bleiben. In Fällen dieser Art hat der Andere, was er gleich Anfangs durch den freien Willen des Anderen erlangte, auch nach der Errichtung des Geschäfts in jedem folgenden Augenblick dem guten Willen desselben immer aufs Neue zu verdanken, und seine Rechte erlöschen mit der Veränderung dieses Willens [1]).

---

[1]) In Beziehung auf das Precarium bemerkt Ulpian *L.* 2. §. 2. *D. de prec.* Est natura aequum, tamdium te liberalitate mea uti,

Dadurch entsteht ein, seiner Dauer nach völlig ungewisses und von dem guten Willen des Ertheilers abhängiges Rechtsverhältniß; es entsteht das *Precarium*.

§. 2.

Bloß auf die Natur der Sache gesehen, ist das Precarium eine Art von Willensäußerung und dabei eine bloße Nebenbestimmung anderer Rechtsgeschäfte, sey es im Ganzen oder in Hinsicht auf einzelne Theile; denn es betrifft bloß die Dauer eines Rechtsverhältnisses; allein, nach römischem Recht, ist die Willenserklärung — und zwar eine Willenserklärung der angeführten Art — nur ein Theil eines Geschäfts, welches im Hingeben besteht; dabei behandeln die Römer das Precarium als ein selbstständiges und von anderen Geschäften, namentlich dem Commodatum, verschiedenes Geschäft; als ein selbstständiges Geschäft bringt es eine eigene Klage hervor und ist ihm ein eigener Titel gewidmet.

Zwar, wenn man den Rechtsgelehrten glauben will, kann das Precarium nicht bloß ein selbstständiges Geschäft seyn, es kann auch bei anderen Geschäften als Nebenvertrag vorkommen, da dann ein solches Geschäft sub precaria qualitate geschlossen sey. Diese Unterscheidung scheint auf den ersten Anblick gegründet zu seyn; bei näherer Betrachtung verliert sie allen Werth. Denn wird das Precarium für das genommen, was es eigentlich ist, für eine besondere Art

---

quamdiu ego velim: et ut possim revocare, cum mutavero voluntatem. Und Pomponius: *L.* 15. *pr. D. eod.* — Habet summam aequitatem ut eatenus quisque nostro utatur, quatenus ei tribuere velimus.

von Willenserklärung, so ist es niemals ein selbstständiges Geschäft; wird es aber im römischen Sinn genommen, nie etwas Anderes. Es kann freilich keinen Zweifel leiden, daß auch nach römischem Recht es bei allen Rechtsgeschäften hauptsächlich darauf ankommt, was diejenigen, die das Geschäft vornahmen, gewollt haben, und daß der Eine oder Andere sich Freiheit der Sinnesänderung und willkührliches Wiederaufrufen des Contracts ausbedingen kann, — wofür das *pactum displicentiae* beim Kauf als Beispiel angeführt werden könnte, — nicht weniger, daß auch bei Ueberlassung des Gebrauchs einer Sache gegen Vergeltung die Dauer des Gebrauchs in die Willkühr des Verleihers gestellt werden darf. Ueberhaupt kann ein Vertrag so geschlossen werden, daß der Eine oder Andere auf die Fortdauer des dadurch begründeten Verhältnisses keine sichere Rechnung machen, es selbst pro futuro aufheben und auch den Anderen nicht hindern kann, es aufzuheben. Allein, die Römer, die beim Precario nicht auf den Vertrag sehen, wiewohl ein solcher dabei ohne Zweifel zum Grunde liegt, sondern auf den überlassenen Besitz, die nicht sowohl das *Precarium*, als vielmehr die *possessio precaria* vor Augen haben, behandeln dieß Precarium niemals als Nebensache, sondern als ein selbstständiges Geschäft, was aber mit anderen, ebenfalls selbstständigen Geschäften, insofern es mit ihnen überhaupt vereinbarlich ist, in Verbindung treten kann, ohne das ein's in dem anderen unterginge [2]). Auch in der Verbindung mit einem anderen Geschäft wird es nicht als eine besondere Qualität dieses Geschäfts betrachtet, sondern als ein Geschäft für sich, was seinen eigenen Ge-

---

[2]) L. 20. D. de prec. L. 16. §. 1 et 2. D. de poss.

genstand, den Besitz, hat. Daher kann der Verkäufer, der dem Käufer die Sache in der Art übergab, daß der Letztere bis zur Bezahlung des Kaufgeldes sie nur precario besitzen solle, sie mit dem interdicto de precario zurückfordern [3]). Ist das Precarium mit dem Pachtcontract verbunden, so ist zuvörderst zu unterscheiden, ob der Pächter vermöge des Precarii bloßes Innehaben, oder wirklichen Besitz haben soll. Das Letztere steht mit dem Pachtcontract in Widerspruch; denn jener kann ja nicht zugleich als Pächter innehaben und als rogans besitzen. Daher kann von beiden Geschäften nur das eine gelten, und es gilt, mit Ausschluß des anderen, das ältere. Hingegen eine precaria possessio, wenn sie nach der Absicht derjenigen, die den Vertrag schließen, nichts seyn soll, als bloßes Innehaben, ist mit dem Pachtcontract vereinbarlich, und daher bestehen in diesem Fall beide Geschäfte neben einander. Es ist hier kein bloßer wiederruflicher Pachtcontract geschlossen, sondern ein Pachtcontract und zugleich ein *Precarium* [4]).

---

3) L. 20. D. de prec. *Brunnemann* ad h. l.

4) *L.* 10. §. 1. *D. de poss.* Idem Pomponius bellissime tentat dicere, numquid qui conduxerit quidem praedium, precario autem rogavit, non ut possideret, sed ut in possessione esset? est autem longe diversum: aliud est enim possidere, longe aliud in possessione esse: denique rei servandae causa, legatorum, damni infecti, non possident, sed sunt in possessione custodiae causa. quod si factum est, utrumque procedit. §. 2. *eod.* Si quis et conduxerit, et rogaverit precario, uti possideret: si quidem nummo uno conduxit, nulla dubitatio est, quin ei precarium solum teneat: quia conductio nulla est, quae est in uno nummo: sin vero pretio, tunc distinguendum, quid prius factum est.

§. 3.

Ein Precarium ist also vorhanden, wenn Jemanden die körperliche Sache des Anderen, solange es diesem gefallen wird, zum Gebrauch oder Besitz hingegeben, oder ein gewisses Recht auf diese Art zur Ausübung überlassen wird. Denn nicht bloß körperliche Sachen können Gegenstand des Precarii seyn, sondern auch unkörperliche oder Rechte. So lehrt Pomponius:

*L.* 15. §. 2. *D. de prec.*

Precario habere etiam ea, quae in jure consistunt, possumus, ut immissa, vel protecta.

Eben so Ulpian:

*L.* 2. §. 3. *D. de prec.*

Habere precario videtur, qui possessionem vel corporis vel juris adeptus est, ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit ut sibi possidere aut uti liceat.

Und Gajus, indem er die Rede desselben fortsetzt, führt mehrere Beispiele precario überlassener Servituten an:

*L.* 3. *D. de prec.*

Veluti si me precario rogaveris, *ut per fundum meum ire, vel agere tibi liceat:* vel *ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum in parietem immissum habeas.*

Es läßt sich freilich denken, daß Jemanden erlaubt wird, etwas zu thun, was man ihm wehren könnte, solange, bis es dem Ertheiler gefallen wird, die Erlaubniß zurückzunehmen; aber ob die von Gajus angeführten Beispiele echte Beispiele precario eingeräumter Rechte sind, daran könnte noch wohl gezweifelt werden. Diese Beispiele können auch von der Seite betrachtet werden, daß die körper-

liche Sache selbst, woran die Rechte ausgeübt werden sollen, zu einem bestimmten Gebrauch überlassen ist, und diese Ansicht scheint fast die natürlichere zu seyn. Kann man wohl sagen, dem Nachbar stehe die Gerechtigkeit zu, einen Balken seines Gebäudes in unserer Wand ruhen lassen zu dürfen, wenn wir nicht einen Augenblick wider unseren Willen nöthig haben, ihn darin zu dulden [5])?

---

[5]) Daß eine Gerechtigkeit nicht precario bestellt werden könne, ist im römischen Recht nirgends gesagt. Zwar behauptet Westphal, sie könne es nicht (*Westphal*, de serv. §. 826.), und beruft sich deshalb auf L. penult. D. Com. praed.; aber diese Stelle könnte eher zum Beweise des Gegentheils gebraucht werden. Denn der Grund, weshalb derjenige, dem der Nachbar precario erlaubt hatte, eine Mauer auf seinem Gebiet aufzuführen, nicht klagen kann, *jus sibi esse, invito vicino aedificatum habere*, wird nicht darin gesetzt, daß eine Gerechtigkeit nicht precario bestellt werden kann, sondern in den Grundsatz: Solum ad se trahit aedificium. Uebrigens findet allerdings ein Interdictum de precario utile Statt, wenn man Jemanden precario erlaubt hat, etwas zu thun, was man ihm wehren könnte, und er, nachdem die Erlaubniß zurückgenommen ist, davon Gebrauch zu machen fortfährt. *L. penult. D. Com. praed.* Si precario vicinus in tuo maceriam duxerit, interdicto, *quod precario habet*, agi non poterit: nec maceria posita, donatio servitutis perfecta intelligitur: nec utiliter intendetur, *jus sibi esse invito te aedificatum habere:* cum aedificium soli conditionem secutum, inutilem faciat intentionem. Caeterum, si in suo maceriam precario, qui servitutem tibi debuit, duxerit: neque libertas usucapietur, et interdicto, *quod precario habet*, utiliter cum eo agetur. Quod si donationis causa permiseris: et interdicto agere non poteris, et servitus donatione tollitur. Ist eine Anlage auf unserem Boden angebracht, so können wir uns der Selbsthülfe bedienen, was uns im entgegengesetzten Fall nicht erlaubt ist. *L.* 29. §. 1. *D. Ad legem Aquil.* Si protectum meum, quod supra domum tuam nullo jure habebam, recidisses: posse me tecum damni injuria agere,

§. 4.

Es ist aber zu bemerken: nicht die körperliche Sache selbst, oder das Recht selbst, machen den Gegenstand des Precarii aus, sondern der eigentliche Gegenstand desselben ist der Gebrauch oder auch der bloße Besitz der Sache oder, bei Rechten, die Ausübung derselben. Hiernach kann man ein doppeltes Precarium unterscheiden; ein precarium *usus* und ein precarium *possessionis*. Ein precarium usus wird der Regel nach immer dann anzunehmen seyn, wenn die Rede davon ist, daß die Sache dem Anderen precario überlassen ist und nicht des bloßen Besitzes, als des Gegenstandes des Precarii, gedacht wird. Wie könnte auch sonst das Precarium ein genus liberalitatis genannt werden [6]), wenn nicht unter diesem Ausdruck, im Fall er simpliciter gebraucht wird, ein precarium usus zu verstehen wäre? Auf das precarium usus oder, wie Ulpian sagt, *proprietatis*, bezieht sich die Regel: Precarium rei suae non consistit; beim bloßen precarium possessionis hat sie keine Gültigkeit [7]). Ohne Zweifel kann auch Beides mit einander verbunden seyn, der Gebrauch und der Besitz, und dieß wird der gewöhnliche Fall seyn; denn der Besitz ist ja die Bedingung des Gebrauchs. Aber der Gebrauch ist dann immer die Hauptsache, und wiewohl der Besitz auch selbstständiger Gegenstand des Precarii seyn

---

Proculus scribit: debuisti enim mecum, *jus mihi non esse protectum habere*, agere: nec esse aequum, damnum me pati, recisis a te meis tignis. Aliud est dicendum ex rescripto imperatoris Severi, qui ei, per cujus domum trajectus erat aquaeductus citra servitutem, rescripsit, *jure* suo posse eum intercidere. Et merito: interest enim, quod hic in suo protexit, ille in alieno fecit.

6) L. 1. §. 1. L. 14. D. h. t.

7) L. 4. §. 3. L. 6. §. 4. D. h. t.

kann, kommt er doch bei einem gewöhnlichen Precario nur, als Mittel zum Zweck, nebenher in Betrachtung. Das, was bei einem gewöhnlichen Precario bewilligt wird und das Object desselben ausmacht, ist der *usus*. Der hieher gehörige Titel der Pandecten hebt gleich damit an, daß Ulpian lehrt: Precarium est, quod precibus petenti *utendum* conceditur, tamdiu, quamdiu is, qui concessit patitur [8]).

§. 5.

Das Precarium, nämlich das simpliciter so zu nennende, das *precarium usus*, ist eine Schenkung, deren Object nicht die Substanz der Sache, sondern der bloße Gebrauch ist; darin kommt es mit dem Commodatum überein. Nach der Natur der Sache scheint das Precarium vom Commodatum gar nicht verschieden, sondern eine besondere Modification des bewilligten Gebrauchs zu seyn. Die Römer behandeln es, wie gesagt, als ein eigenes, vom Commodatum verschiedenes Geschäft. Sie berücksichtigen hier nicht den Vertrag, sondern den Besitz und die Wirkungen, die durch das Precarium auf den Besitz hervorgebracht werden. Das Precarium ist ihnen ein Geschäft, wodurch eine Sache dem Anderen hingegeben wird [9]). Es ist kein

[8]) L. 1. pr. D. de prec. Ein Beispiel eines Precarii, dessen Gegenstand der bloße Besitz ist, gibt die Verpfändung von Seiten eines Schuldners, dem der Gläubiger den Besitz der Sache precario fortzusetzen erlaubt. L. 6. §. 4. D. de prec. L. 11. D. eod.

[9]) v. Savigny macht die Bemerkung, die vitiosa possessio sey das Einzige, was hier ein juristisches Verhältniß begründe, und als Vertrag werde das Precarium durchaus nicht betrachtet. v. Savigny Recht des Besitzes. §. 42. S. 484. Lesenswerthe Bemerkungen über

bloßer Vertrag, noch weniger, was es nach der Natur der Sache ist, eine bloße Nebenbestimmung eines Vertrages oder einer sonstigen Willenserklärung, sondern — ein Realcontract oder ein Geschäft, was diesem ähnlich ist. Das, wodurch sich das Precarium von dem Commodatum unterscheidet, ist die in der Natur des ersteren liegende Widerruflichkeit nach Willkühr des Verleihers. Hingegen scheint es mir nicht gegründet zu seyn, wiewohl es die Rechtsgelehrten zu behaupten pflegen, daß es sich vom Commodatum auch dadurch unterscheiden sollte, daß beim Commodatum der Gebrauch bestimmt ist, beim Precarium hingegen nicht. Auch beim Precarium kann der Gebrauch, ja sogar die Zeit bestimmt seyn, und es bleibt doch ein Precarium. Ist der Gebrauch nicht bestimmt, si me precario rogaveris, ut per fundum meum ire vel agere tibi liceat vel ut in tectum vel in aream aedium mearum stillicidium vel tignum immissum habeas [10])? Ist der Gebrauch nicht bestimmt, wenn Jemanden precario erlaubt ist, sich auf einem Grundstück aufzuhalten oder daselbst zu wohnen [11])? Man verwechselt hier ein wesentliches Merkmal mit dem, was auf das Daseyn oder die Abwesenheit eines wesentlichen Merkmals schließen läßt. Das Commodatum ist nicht nach Willkühr wiederruflich, das Precarium aber ist es; darin, wie gesagt, unterscheiden sich beide. Ob der Gebrauch, zu welchem die Sache verliehen ward, bestimmt ist oder nicht, das ist unwesentlich. Aber wenn der Gebrauch bestimmt ist, wird der Regel nach eher ein Commodatum,

---

das Precarium überhaupt bei Ebendemselben am Ende des §.

10) L. 3. D. de prec.

11) L. 21. D. de prec. L. 2. D. eod.

als ein Precarium anzunehmen seyn. Denn, wenn Jemand einem Anderen eine Sache zu einem bestimmten Gebrauch geliehen hat, kann er sie nicht eher zurückfordern, als bis der Gebrauch beendigt ist; er kann sie also nicht nach Willkühr zurückfordern, es müßte denn seyn, daß er sich den Wiederruf ausdrücklich vorbehalten hätte [12]). Eben so, wenn die Zeit bestimmt ist, während welcher der Andere die Sache gebrauchen soll, versteht es sich, daß der Ablauf der Zeit

[12]) Es kann wenigstens aus dem, was über den Gebrauch bestimmt ist, auf Unzulässigkeit willkührlichen Wiederrufs zu schließen seyn. Zweifelhaft würde nur seyn, ob Wiederruf nach Willkühr Statt finde, wenn bloß die Art des Gebrauchs bestimmt ward, und dieser seiner Natur nach keine Gränzen hat, es eben daher nicht glaublich ist, daß Jemand auf eine so schrankenlose Dauer der Zeit dem Anderen ein Recht eingeräumt und sich des Gebrauchs seiner Sache begeben haben sollte. Hier, scheint es, müssen schon besondere Gründe vorhanden seyn, wenn man annehmen will, daß kein Wiederruf Statt finde. Wenn z. B. Jemand dem Anderen ein Pferd geliehen hätte, um damit eine vorhabende Reise, etwa von Berlin nach Wien, zu machen, so würde ihm nicht frei stehen, das Pferd zurückzufordern, ehe die Reise beendigt ist. Gesetzt aber, ich hätte Jemanden simpliciter erlaubt, auf meinem Gut sich aufzuhalten — eine Erlaubniß, die, um es gelegentlich zu bemerken, er nicht bloß für seine Person benutzen kann, sondern die den Seinigen mit zu Gute kommt, auch wenn ihrer namentlich nicht erwähnt ist (L. 21. D. de prec.) — dürfte er sich dort aufhalten, solange er will, oder nur, solange ich will? Ich möchte das Letztere glauben. Zweifelhafter würde es seyn, wenn ich dem Anderen erlaubt hätte, auf meinem Gut zu wohnen. Denn jenes deutet schon eher etwas Vorübergehendes, dieses etwas Dauerndes an. Doch kann man sagen, daß auch im letzteren Fall nur der Aufenthalt in Betrachtung kommt, und von der Dauer desselben weggesehen, wenigstens ein Aufenthalt von unbegränzter Dauer so leicht nicht bewilligt wird.

abgewartet werden muß, und sie vorher nicht zurückgefordert werden kann. Ein solche Zeitbestimmung schließt zwar die Möglichkeit des Precarii nicht aus; aber es müßte denn doch ausdrücklich bestimmt seyn, daß während dieser Zeit rogans die Sache nur precario besitzen solle, wenn während dieser Zeit ein willkührlicher Wiederruf Statt finden sollte [13]). Ueberhaupt steht der Gebrauch unserer Sache einem Anderen immer so weit zu, als er ihm wirklich verliehen ist. Wie weit dieß nun in einzelnen Fällen geschehen sey, ist quaestio facti.

## §. 6.

Derjenige, dem das Eigenthum einer Sache zusteht, kann über den Gebrauch derselben verfügen; ihm steht es zu, diesen Gebrauch, auch in der Gestalt eines Precarii, Anderen zu überlassen; daß er die Sache besitze, ist nicht absolut nothwendig. Er, welcher nicht besitzt, kann die Sache selbst precario hingeben dem, der sie bereits besitzt [14]). Denn dieser fängt nun an, die Sache *precario* zu besitzen. Die causa possessionis wird und damit zugleich der Besitz verändert, und diesen neuen Besitz erlangt er durch den Verleiher des Precarii [15]). Für denjenigen, der die Sache

---

13) L. 4. §. 4. D. de prec. L. 12. pr. D. eod.

14) *L.* 18. *D. de prec.* Unusquisque potest rem suam, quamvis non possideat, precario dare ei, qui possideat.

15) *L.* 21. *pr. D. de poss.* Interdum ejus rei possessionem, cujus ipsi non habemus, alii tradere possumus: veluti cum is, qui pro herede rem possidebat, antequam dominus fieret, precario ab herede eam rogavit. Diese Stelle ist so zu erklären: Der Besitz pro herede hörte auf, sobald der vermeintliche Erbe ihn aufgab; dieß geschah nun dadurch, daß er den wirklichen Erben ansprach, ihm die

einem Anderen precario einräumt, ist es genug, daß er das Recht hat, sie zu besitzen und zu gebrauchen. Wer dieß Recht hat, kann es dem Anderen zur Ausübung überlassen, auch ohne Eigenthümer zu seyn. De facto kann freilich auch jeder Andere, der sich im Besitz der Sache befindet, sie dem Anderen precario hingeben. Und wer es nun auch immer gewesen seyn mag, der die Sache precario hingegeben hat, zurückfordern kann sie nur der Geber, er und kein Anderer [16]). Das Interdictum de precario steht demjenigen zu, a quo quis precario rogavit, nicht dem, cujus ea res est [17]).

## §. 7.

Für das Precarium fehlte es den Römern Anfangs an einer besonderen Klage, um dem Verleiher den Besitz der Sache wieder zu verschaffen — denn einer anderen Klage kann es hier nicht bedürfen — bis sich der Prätor in's Mittel legte und diesem Bedürfniß durch das Interdictum de precario abhalf [18]). Außer dem Interdict hat er jetzt auch eine Civilklage zu demselben Zweck, eine persönliche, auf

---

Sache precario zu überlassen. Zugleich erwarb er einen neuen Besitz, eine possessio precaria, und zwar erwarb er sie durch den Willen des Eigenthümers. Das, was hier geschah, konnte mithin für Uebergabe gelten. Zwar ward hier bloß die causa possessionis verändert, aber dieß genügt, um den Besitz selbst zu einem anderen und neuen zu machen. Die Veränderung der causa involvirt eine Veränderung des Besitzes.

Die Glosse wirft die Frage auf: Wie war es möglich, daß Jemand einem Anderen etwas geben konnte, was er selbst nicht hatte? Und antwortet: Was hier gegeben ward, war die Eigenschaft, die der Empfänger bisher nicht hatte, die Sache precario zu besitzen.

[16]) L. 8. pr. D. de prec.

[17]) L. 8. pr. D. h. t.

[18]) L. 2 pr. D. de prec.

auf Abforderung des Besitzes gerichtete condictio incerti oder actio praescriptis verbis [19]). Zwar entbehrt der Eigenthümer sonst der condictio, aber damit bezieht es sich, wie schon Retes bemerkt hat, auf eine *condictio rei*, und hier ist von einer *condictio possessionis* die Rede. Während die Formel bei jener auf ein *dare*, war sie hier auf ein *facere* gerichtet, und eine Condiction dieser Art ist mit dem Eigenthum sehr wohl vereinbarlich. Sie ist eine condictio incerti, weil überhaupt die condictio possessionis eine condictio incerti ist [20]). Diese persönliche Klage oder condictio incerti entspringt, sagen Einige, aus dem Precario, insofern es als unbenannter Contract angesehen werden kann. Denn, wenn Jemand dem Anderen eine Sache precario hingibt, um sie dereinst von ihm wieder zu empfangen, kann dieß Geschäft als unbenannter Contract (do ut des) angesehen werden [21]). Daß das Precarium zu den Contracten, den unbenannten, gehöre, zum Beweise dessen hat man sich auf L. 23. D. de reg. jur. berufen, worin, bei Aufstellung von Regeln über die *praestatio culpae*, das Precarium unter den Contracten mit genannt wird. Allein, dieß Argument beweis't nicht viel; es kommen hier unter den Contracten auch andere Rechtsgeschäfte vor, die keine Contracte sind. Eher läßt es sich durch einen Schluß aus der Wirkung auf die Ursache, aus der Klage, die aus dem Geschäft entspringt, herleiten. Allein, auch dieß Argument ist nicht sicher. Denn, es wenden die Alten ein, man müsse die actio praescriptis verbis *regularis*

---

19) L. 2. §. 2. D. de prec. L. 19. §. 2. D. eod. *Pauli* sent. lib. 5. tit. 6. §. 10.

20) *Retes* opusc. lib. 2. sect. 1. cap. 9. (Meermann thesaur. tom. 7. p. 108.) Westphal über die Arten der Sachen §. 109.

21) Westphal a. a. O.

und *irregularis* unterscheiden; jene entstehe aus den bekannten vier Formen der unbenannten Contracte, diese aus verschiedenen anderen Geschäften, die keine bestimmte Klage hervorbringen, bei denen aber doch die größte Billigkeit eintritt, daß eine Statt finden müsse. Zu den letzteren gehöre das Precarium. Dasselbe passe unter keine der bekannten Formen unbenannter Contracte. Die Klage, die dem Verleiher zustehe, sey nur irregularis. Sie entstehe nicht eigentlich aus dem Geschäft selbst, sondern aus der Billigkeit [22]). Mir scheint die Sache viel zu unwichtig, als daß ich mich länger dabei aufhalten sollte [23]).

## §. 8.

Die schwierigste Frage, wenn auch nicht gerade die dankbarste, betrifft die Art, wie der Besitzstand durch das

---

22) L. 2. D. Praescr. verbis. *Bachov.* ad Treutlerum, Vol. 2 D. 24. th. 5. lit. c. *Struv.* syntagma ex. 45. lib. 43. tit. 26. §. 156. Not. n. *Lauterbach* Coll. theor. pract. tit. de prec. §. 4. S. übr. Langsdorf über die pacta und contractus nach dem Justinianeischen Recht §. 31, 32. (Hugo's civil. Magazin, Bd. 1. S. 435, 436.)

23) Daß die actio praescriptis verbis erst nach der Einführung des Interdicti de precario beim Precario auf die Bahn gebracht sey, darin stimmen alle überein. Sonderbar ist es, daß Ulpian in folgender Stelle ihrer gar nicht gedenkt, vielmehr von dem Interdicto de precario als dem einzigen hier zuläßigen Rechtsmittel spricht. *L.* 14. §. 11. *D. de furtis.* Is, qui precario servo rogaverat, subrepto eo potest quaeri, an habeat furti actionem? Et cum non est contra eum civilis actio, quia simile donato precarium est, ideoque et Interdictum necessarium visum est, non habebit furti actionem. Plane post Interdictum redditum puto eum etiam culpam praestare: et ideo et furti agere posse. Es könnte dieß auf den Gedanken bringen, daß eine andere

Precarium verändert wird. Die Alten pflegen dem Empfänger — so will ich den nennen, den man *rogans* zu nennen pflegt — natürlichen, dem Geber (rogatus) Civilbesitz beizulegen [24]). Sie legen also beiden Besitz bei; v. Savigny räumt ihn nur dem Empfänger ein. Hatten die Alten Unrecht? Auf den ersten Anblick scheint es so. Wie kann Jemand besitzen, was ein Anderer besitzt! Indessen, ausgemacht ist die Sache wenigstens nicht.

Daß bei einem Geschäft, welches, gleich dem Commodat, ein Hingeben der Sache erfordert, der Besitzstand eine Veränderung erleidet, versteht sich. Es kann nur die Frage seyn, von welcher Art der Besitz des Empfängers sey? Auf diese Frage ist die Antwort eben nicht schwer. Er hat der Regel nach wirklichen Besitz; hierin stimme ich mit v. Savigny überein [25]). Es ist dann aber eine zweite Frage, die von der vorigen, glaube ich, abgesondert und besonders betrachtet werden muß, die zu beantworten übrig: besitzt nicht etwa der Geber neben ihm? v. Savigny erkennt hier, wie gesagt, nur einen Besitz als vorhanden an, den Besitz des Empfängers [26]).

Was die erste Frage betrifft, so kann es nicht den geringsten Zweifel leiden, daß der Empfänger, der Regel nach, wirklichen Besitz erwirbt.

---

Stelle dieses Rechtsgelehrten — L. 2. §. 2. D. de prec. — nicht unverändert geblieben sey.

[24]) *Borcholt* tract. de poss. cap. 6. nr. 20. *Brunnemann* ad L. 15. §. 4. D. de precario. *Struv.* Syntagma tit. de prec. §. 156. Nota 1. Westphal über die Arten der Sachen §. 58, 59, 63.

[25]) v. Savigny, das Recht des Besitzes, an mehreren Stellen, besonders Abschnitt 2. §. 25.

[26]) v. Savigny a. a. O.

Zwar, wenn man die Grundsätze in Betrachtung zieht, welche das römische Recht bei ähnlichen Rechtsgeschäften zur Anwendung bringt, wenn man erwägt, wie beim Precario dem Empfänger keine Rechte auf die Sache eingeräumt werden, wie das Precarium im Grunde nichts ist, als eine besondere Art des Commodati, daß die Wiederruflichkeit des ersteren keinen Grund an die Hand gibt, dem Empfänger den Besitz beizulegen, den er bei dem unwiederruflichen Geschäft entbehrt: so sollte man glauben, es werde hier eben so seyn, wie bei allen ähnlichen Rechtsgeschäften, und namentlich beim Commodat, dem Empfänger werde nichts weiter zukommen, als bloßes Innehaben, der Geber werde als der wahre Besitzer zu betrachten, und der Empfänger nur für ihn und in seinem Namen im Besitz seyn. Wirklich hat es auch nicht an solchen gefehlt, die durch eine so natürliche Vorstellung die Schwierigkeiten dieser Materie zu überwinden gesucht haben. So nahmen Connan [27]), und mit ihm *N. de Passeribus* [28]) an, es werde zwar vom Empfänger gesagt, er besitze, aber nur uneigentlich und mißbräuchlich; wirklich und eigentlich besitze der Geber; vom Empfänger könne vielmehr gesagt werden, er sey bloßer Inhaber, als daß er besitzen sollte. Allein, so natürlich diese Vorstellung auch ist, gegründet ist sie nicht.

Eine Stelle des Macer beweis't nichts für den Besitz des Gebers, weil Macer gar nicht entscheidet, wer von beiden besitze, der Geber, oder der Empfänger. Er beschränkt sich darauf, die Bemerkung zu machen, daß der Gläubiger, dem eine Sache verpfändet ist, deshalb nicht von der Cau-

---

[27]) Com. jur. civ. lib. 3. p. 168. lit. g.

[28]) Conciliatio legum p. 604.

tionsleistung befreit sey, weil ihm der Besitz vom Schuldner bloß *precario* gelassen ist [29]).

Von einer anderen Stelle ist es zu verwundern, daß sie die Ausleger nur einen Augenblick irre leiten, ja, nur einen Augenblick beschäftigen konnte; denn nichts ist leichter zu verstehen und mit anderen Stellen in Einklang zu bringen, als sie.

*L.* 6. §. 2. *D. de prec.*

Is qui rogauit, ut precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum, qui concessit, remanet. Nam et fructuarius (inquit) et colonus, et inquilinus sunt in praedio, et tamen non possident.

Es ist natürlich ein großer Unterschied, ob Jemanden ein Grundstück zur Benutzung hingegeben, ob ihm Gewalt über das Grundstück eingeräumt, oder ob ihm bloß erlaubt ist, sich auf dem Grundstück aufzuhalten. Wenn bloß das Letztere geschehen ist, so versteht es sich ja von selbst, daß ihm kein Besitz zukommen kann. Man kann ihn nicht einmal einen Inhaber nennen; es ist aber diesem insofern zu vergleichen, daß er das Grundstück nicht besitzt, sondern sich bloß auf dem Grundstück befindet. Indem ihm Ulpian Besitz abspricht, schränkt er die aus anderen Stellen herzuleitende und schon von ihm selbst zuvor gegebene Regel, daß beim Precario der rogans besitze, ein, und weit gefehlt, daß diese dadurch umgestoßen werden sollte, würde hier eine andere Regel Anwendung finden: Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis.

[29]) *L.* 15. §. 2. *D. Qui satisdare cogantur.* Creditor qui pignus accepit, possessor non est, tametsi possessionem habeat, aut sibi traditam, aut precario debitori concessam.

Der Regel nach kommt es nun darauf an, ob Jemand, dem eine Sache precario hingegeben ist, die Sache besitzen, oder ob er sie bloß innehaben soll, ob die Meinung der Contrahenten gewesen, mit den eigenen Ausdrücken des römischen Rechts, ut roganti *possidere* liceat, oder: ut *in possessione sit* [30]). Jenes ist als beabsichtigt anzunehmen; dieses muß, folgt es nicht etwa schon aus der Art der Verleihung, wie in dem eben angeführten Beispiel Ulpians, ausdrücklich erklärt seyn [31]).

Schon die vielen Stellen, die dem Empfänger Besitz, kein bloßes Innehaben beilegen, die simpliciter von ihm sagen, er besitze (eum *possidere*), ohne diesen Besitz von besonderer Bewilligung abhängig zu machen, die von einer *possessio precaria* reden [32]), oder eine Veränderung des Besitzes durch das Precarium zulassen, ein Uebergehen des Besitzes von dem Einen zum Anderen [33]), bestätigen die Wahrheit dessen, was Ulpian ausdrücklich lehrt:

> Meminisse autem nos oportet, eum, qui precario habet, etiam *possidere* [34]).

Bestätigt wird es dadurch, daß ihm gegen alle übrigen, außer dem Geber, zum Schutz seines Besitzes das Interdictum: Uti possidetis zusteht, was doch keinem bloßen Inhaber gegeben ist [35]).

Daß dem Empfänger wirklicher Besitz in der echten Bedeutung des Worts zukomme, beweis't ferner das Daseyn

---

30) L. 10. §. 1 et 2. D. de poss.

31) v. Savigny a. a. O. §. 25.

32) L. 4. §. 4. L. 6. §. 3. L. 9 L. 12. pr. L. 16. L. 17. L. 18. L. 22. D. de prec.

33) L. 22. pr. D. eod.

34) L. 4. §. 1. D. de prec.

35) L. 4. D. de interdictis. L. 1. §. 4. L. 3. §. 8. D. Uti poss. L. 9. D. de rei vind. L. 17. D. de prec.

des Interdicti de precario, welches der Prätor dem Geber gegen den Empfänger ertheilt, wodurch er jenem zum Besitz wieder zu verhelfen verspricht, von welchem geschrieben steht: Hoc Interdictum restitutorium est, und welches nicht davon abhängig gemacht ist, daß dem Empfänger ausdrücklich Besitz bewilligt, daß ihm die Sache ausdrücklich zu dem Ende hingegeben sey, *ut ei possidere liceat* [36]). Gegen diejenigen, die bloß in unserem Namen besitzen, haben wir keine Interdicte, wenigstens keine eigenen, und bedürfen derselben nicht, um etwas mit Hülfe ihrer wieder zu erlangen, was wir nie verloren haben. Das Daseyn des Interdicti de precario, ja auch der condictio incerti oder actio praescriptis verbis, aller auf Wiedererlangung des Besitzes gerichteten Klagen überhaupt, beweis't mehr, als alles Uebrige, daß der Empfänger besitze.

Also der Empfänger besitzt die ihm precario hingegebene Sache. Besitzt er mit Ausschluß des Gebers, oder dieser neben ihm? Das war die zweite Frage, die hier noch zu erörtern übrig ist.

Dem, der die Sache aus den Händen gegeben hat, wie sollte der fortfahren können, diese Sache zu besitzen! — Ein solcher Besitz scheint mit mehr als einer Regel des römischen Rechts in Widerspruch zu stehen.

Daß der Geber den Besitz fortsetzen sollte neben dem Empfänger, oder gar mit Ausschluß seiner, verstößt gegen eine Regel, die so sehr in der Natur der Sache gegründet, so einfach ist, daß man fast Bedenken tragen muß, ihrer besonders zu gedenken, gegen die Regel nämlich, welche Ulpian gibt, daß derjenige den Besitz verliert, der den

36) L. 2. §. 1. D. de prec.

Besitz, wenn gleich unter der Bedingung der Zurückgabe, aus den Händen gibt [37]). Nicht weniger scheint es mit der von Paulus aufgestellten, ebenfalls in der Natur der Sache gegründeten, daraus hergeleiteten und gegen die abweichende Meinung wenigstens des Trebatius behaupteten, auch von Celsus und Julianus bestätigten Regel: Plures eandem rem in solidum possidere nequeunt [38]) in offenbarem Widerspruch zu stehen.

Daß der Geber während der Zeit, da der Empfänger die Sache in Händen hat, des Besitzes ermangelt, folgt, wie es scheint, besonders aus demjenigen, was im römischen Recht vom Zusammenfügen des Besitzes des Gebers, von Seiten desselben, mit dem Besitz des Empfängers, um Verjährung darauf zu gründen, gelehrt wird. Der Geber kann den Besitz des Empfängers mit dem seinigen verbinden; es tritt eine *accessio possessionis* ein. Zu diesem Ende muß das Precarium erst aufhören, ja die Sache erst zurückgegeben werden [39]). Denn wir können den Besitz eines Anderen, so lange dieser fortdauert, dem unsrigen nicht hinzufügen. Derjenige, welcher den Besitz des Anderen mit dem seinigen, oder die Zeiträume beider zusammen rechnen will, muß einem früheren Besitzer im Besitz nachgefolgt seyn [40]).

---

[37]) L. 17. §. 1. D. de poss.

[38]) L. 3. §. 5. D. de poss. L. 5. §. 15. D. Commodati. L. 19. D. de prec.

[39]) *L.* 13. §. 7. *D. de poss.* Si is qui precario concessit, accessione velit uti ex persona ejus cui concessit, an possit, quaeritur. Ego puto, eum qui precario concessit, quamdiu manet precarium, accessione uti non posse. Si tamen receperit possessionem rupto precario, dicendum esse, accedere possessionem ejus temporis, quo precario possidebatur.

[40]) *L.* 13. §. 12. *D. de poss.* Accessiones in eorum persona locum habent, qui habent propriam

Die Anwendung der accessio possessionis auf diesen Fall scheint deutlich anzuzeigen, daß der Geber gar nicht besitzt, sondern ihm nur der Besitz des Empfängers, wie derjenige eines anderen **Vorgängers**, zu Gute gerechnet wird. Es scheint wenigstens ganz umsonst zu geschehen, wenn man ihm einen Besitz beilegt, den er nicht nöthig hat und zu nichts gebrauchen kann.

Und dennoch, wenn man das römische Recht nicht verbessern, sondern sich darauf beschränken will, es darzustellen, wie es ist, muß man, glaube ich, sagen, **beim *Precario* besitzt der Geber und der Empfänger besitzt neben ihm.**

Zuerst lehrte, nach **Paulus**, schon **Sabinus**, *eum, qui precario dederit, et ipsum possidere et eum, qui precario acceperit*, und diese Meinung, als eine Einschränkung der Regel: Plures eandem rem in solidum possidere nequeunt, wird von **Paulus**, der nur, mit **Labeo**, die **Unterscheidung** des **Trebatius** zwischen **gerechtem und ungerechtem Besitz mißbilligt**, nicht geradezu mit verworfen [41]). Er äußert sich darüber nicht; vielleicht hat er es gethan, aber seine Aeußerung ward von den Verfertigern der Pandecten unterdrückt. Dann könnte

possessionem. Caeterum accessio nemini proficit, nisi ei qui ipse possedit. *L.* 15. §. 1. *D. de divers. temp. praescript.* Accessio possessionis fit non solum temporis, quod apud eum fuit, unde is emit: sed et qui ei vendidit, unde tu emisti. Sed si medius aliquis ex auctoribus non possederit, praecedentium auctorum possessio non proderit: quia conjuncta non est. Sicut nec ei, qui non possidet, auctoris possessio accedere potest. *L.* 16. *D. eod.* Accessio sine nostro tempore nobis prodesse non potest.

[41]) L. 3. §. 5. D. de poss.

nämlich von Widersprüchen die Rede seyn, die jetzt eigentlich nicht vorhanden sind.

Denn mit dem, was Sabinus lehrte, stimmt überein, was Pomponius lehrt: Beim *Precario* besitzen beide:

*L.* 15. §. 4. *D. de prec.*

Eum qui precario rogaverit, ut sibi possidere liceat, nancisci possessionem non est dubium. — An is quoque possideat, qui rogatus sit, dubitatum est? placet autem, penes utrumque esse eum hominem, qui precario datus esset: penes eum qui rogasset, quia possederat corpore: penes dominum, quia non discesserit animo possessione.

Dieß ist doch gar zu deutlich, als daß es sich durch Auslegung bei Seite schaffen ließe, und da es unter dem Titel de precario, nahe bei der Lehre des Ulpian, steht, welcher dem Empfänger Besitz beilegt, läßt sich eine Uebereilung so leicht nicht annehmen. Ulpian legt dem Empfänger Besitz bei, ohne ihn dem Geber abzusprechen, ja, indem Ulpian sich hier des Worts: *etiam*, bedient, mag er wohl nur dasselbe, was Sabinus und Pomponius, haben sagen wollen. Dieß kann um so eher seyn, da in der Stelle des Pomponius ein anderer Ausdruck vorkommt, der in dieser Materie sehr stark in's Gewicht fällt. Pomponius bedient sich nämlich des Ausdrucks: *Placet*, und wie dieß Placet nicht auf Einzelne und nicht auf Mehrere, sondern, unbestimmt und uneingeschränkt gebraucht, auf alle bezogen wird, deutet er damit an, daß der von ihm vorgetragene Rechtssatz von den Rechtsgelehrten allgemein angenommen, daß man darüber einig, daß er eine ausgemachte Rechtswahrheit sey.

Es ist wahr, der Grundsatz: Plures eandem rem in solidum possidere nequeunt, gilt und herrscht im römi-

schen Recht und liegt schon in der Natur der Sache, allein ohne alle Einschränkung gültig ist er im römischen Recht wohl nur dann, wenn die Rede ist von derselben Art des Besitzes [42]). Auch im römischen Pfandrecht kommt ja eine Art von doppeltem Besitz vor; neben dem Schuldner, der in Hinsicht auf Verjährung als Besitzer angesehen wird, besitzt der Pfandgläubiger; so sehr besitzt er, daß er den vorhergehenden Besitz des Pfandschuldners mit dem seinigen zusammen rechnen kann, um sich durch Verjährung zu schützen [43]). Warum sollte hier beim Precario nicht etwas Aehnliches, oder noch etwas mehr Statt finden? Das Interdictum de precario ist dem Empfänger deshalb doch von Nutzen; es dient ihm zur Wiedererlangung dessen, was er verloren hat, des natürlichen Besitzes, der keine bloße Detention ist.

Das einzige Erhebliche, was gegen den gleichzeitigen Besitz des Gebers eingewandt werden kann, ist die Lehre des Ulpian, wornach der Geber, nachdem er die Sache zurückerhalten hat, den Besitz seines Vorgängers zu dem seinigen hinzurechnen kann, um die Einrede der Verjährung darauf zu bauen. Allein, so wichtig, so entscheidend dieß Argument auf den ersten Anblick zu seyn scheint, bei näherer Betrachtung läßt es dem Zweifel Raum. Nämlich Ulpian spricht nur bedingt. Er hebt gleich damit an, daß er sagt: Si is, qui precario concessit, accessione uti velit ex persona ejus, cui concessit; an possit quaeritur. Es läßt sich dieß in der Art erklären, als wollte Ulpian sagen: Gesetzt, es käme Jemand auf den Gedanken, zum Behuf der Verjährung den Besitz des rogatus, als seines Vorgängers, mit dem seinigen zusammenrechnen zu wollen, ginge das

42) L. 19. pr. D. de prec.

43) L. 16. D. de usurpat. et usucap.

wohl an? Und Ulpian antwortet sich selbst: Es ginge allenfalls wohl an, nur würde — nach allgemeinen Grundsätzen von der Accession — ein solches Zusammenrechnen erst Statt finden können, nachdem der Geber wieder zum Besitz gelangt ist. Diese Stelle scheint also nichts weiter zu beweisen, als, daß dem Geber, nach der Zurückgabe, das Recht der Accession zustehe. Wäre er auf Accession beschränkt, bedürfte er ihrer nothwendig, wie hätte Ulpian die Frage überhaupt aufwerfen können, ob er sich ihrer bedienen könne?

Aber gesetzt, hier wäre ein nicht zu lösender Widerspruch — der doch wenigstens geradezu nicht vorhanden ist — so würde ich nach allen Umständen glauben, bei einer ganz getreuen Darstellung des römischen Rechts, müsse die accessio possessionis dem doppelten Besitz, und Ulpian dem Sabinus und Pomponius weichen, statt daß man jetzt [44]) das Gegentheil annimmt. Von der Lehre des Ulpian, wenn sie als absoluter Satz zu verstehen wäre, könnte man nur sagen, es sey eine bloße Unrichtigkeit in den Folgerungen. Der Geber müsse, nach Ulpian, zum Behuf der Verjährung, den Besitz des Empfängers mit dem seinigen verbinden; dieß habe er aber gar nicht nöthig gehabt, da ihm auch schon während der Dauer des Precarii Besitz zustand, neben dem Empfänger. Ulpian sagt aber nicht, daß er es müsse, sondern nur, daß er es könne, daß er die Sache allenfalls auch so angreifen könne. Bei jedem anderen Rechtssystem würde ich hierauf kein Gewicht legen, aber, je mehr ich das römische kennen lerne, um so mehr überzeuge ich mich, daß man hier nie genug unterscheiden und sich nie genug vor der Trüglichkeit der aus einzelnen Aeußerungen etwa zu machenden Schlüsse hüten kann.

44) v. Savigny Recht des Besitzes, Erster Abschnitt, §. 11. D.

# IV.

## Die Lehre vom Gewohnheitsrecht.

# Vorwort.

Diese Abhandlung vom Gewohnheitsrecht wird vielleicht manchem Leser bekannt vorkommen. In der That kann sie auch denen nicht ganz unbekannt seyn, die meine im Archiv für civilistische Praxis abgedruckte Abhandlung vom Gewohnheitsrecht gelesen haben. Indessen habe ich den Plan seitdem sehr erweitert; veränderte Ansichten kommen zwar nicht vor, etwa nur abgesehen von dem, was über den Einfluß des Irrthums auf die Gewohnheit und von der einführenden Gewohnheit, die mit dem geschriebenen Gesetz in Widerspruch steht, gelehrt ist; indessen ist sehr viel, zum Theil in der Gestalt von Zusätzen, die aber doch das Wenigste ausmachen, hinzugekommen; manches ist umgearbeitet, manches anders geordnet; überhaupt habe ich mich bemüht, das Ganze viel vollkommener zu machen. So vermehrt, verbessert, verändert, wie sie hier erscheint, ist es dieselbe Abhandlung nicht mehr. Nur das Thema und manches Einzelne haben beide Abhandlungen mit einander gemein; sonst sind sie mehr von einander verschieden, als einander gleich. Und um dem Leser volles Maaß zu geben, findet sich am Ende noch eine nicht ganz kleine Zugabe. Ich hätte zwar diese Zugabe in das Werk selbst aufnehmen können; es würde mir viel Mühe gemacht haben, und am Ende nicht einmal so nützlich gewesen seyn; zerstreut und durch das ganze Werk vertheilt, würde sich unter der Menge verloren haben, was hier besser beisammen steht.

# Inhalt.

§. 1. Einleitung.
§. 2. Unterschied zwischen Gewohnheit und Lex tacita.
§. 3. Von den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts.
§. 4. Was zur Gewohnheit nicht erforderlich ist. Animus consuetudinem introducendi.
§. 5. Erfordert die rechtliche Gewohnheit Handlungen, die opinione necessitatis vorgenommen sind?
§. 6. Hindert Irrthum die Entstehung einer Gewohnheit?
§. 7. Verschiedene Unterscheidungen der Gewohnheit; allgemeine und besondere Gewohnheiten; gerichtliche, außergerichtliche.
§. 8. Von der Kraft der Gewohnheit. Im Allgemeinen.
§. 9. 1. Ergänzung mangelhafter Gesetzgebung. Analogie beim Gewohnheitsrecht.
§. 10. Fortsetzung. 2. Die Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze.
§. 11. Fortsetzung. 3. Kraft der Gewohnheit, Gesetze aufzuheben.
§. 12. Fortsetzung der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben. Erklärung der L. 2. C. quae sit longa consuet.
§. 13. Fortsetzung. Bestätigung durch das canonische Recht.
§. 14. Fortsetzung.
§. 15. Wie geschieht die Abschaffung des Gesetzes durch Gewohnheit? Begriff der Entwöhnung.
§. 16. Fortsetzung.
§. 17. Fortsetzung.
§. 18. Welche Gesetze können durch Gewohnheit abgeschafft werden, und von wem? Ob dieß auch durch Gerichtsgebrauch geschehen könne und wiefern.
§. 19. Schlußbemerkung zu der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben.
§. 20. Von der Aufhebung einer Gewohnheit.
§. 21. Auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.
§. 22. Von der Observanz.
§. 23. Vergleichung der Gewohnheit mit der Verjährung.

§. 1.

## §. 1.

## Einleitung.

Auch im Gebiet des Rechts kann die Zeit, zwar nicht nach der Natur der Sache, wohl aber nach den positiven Gesetzen, nicht nur durch Verjährung Befugnisse für den Einzelnen gegen den Einzelnen hervorbringen und aufheben, sondern sie kann sogar durch Gewohnheit Gesetze gründen und, was ich einstweilen als ausgemacht annehmen will, sie auch wiederum abschaffen.

Was in historischer Hinsicht Gewohnheiten aufkommen läßt, dazu wirken, beim Mangel an Gesetzen, zusammen die, zum Theil aus der Trägheit des Verstandes entspringende, Neigung der Menschen, nachzuahmen und sich von dem Ueblichen nicht zu entfernen, wobei die Besorgniß, Veränderungen möchten nachtheilig seyn, dem mit der Neigung für das Gewohnte kämpfenden Triebe nach Abwechselung einen starken Widerstand leistet, endlich die Ehrfurcht vor dem Alterthümlichen. Freilich kann ein gewisser Satz den Umständen so angemessen, so nützlich, so nöthig seyn, daß er eben deshalb aller anderen Hülfe, zur Gewohnheit zu werden, entbehren kann.

An und für sich kann dadurch, daß es zur Gewohnheit geworden ist, einen gewissen Satz zur Richtschnur zu nehmen und darnach zu handeln, kein Norm für künftige Fälle, kein Gesetz entstehen. Es läßt sich aber denken, daß die höchste Gewalt die Gewohnheiten, die sich im Volk bilden möchten, geachtet wissen will, weil hier die Güte einer gewissen Einrichtung durch die Erfahrung bewährt zu seyn scheint und besonders, weil sie darin den Willen des Volks erkennt, welches mit dieser Einrichtung zufrieden war und sie mit seinen Neigungen oder den Umständen übereinstimmend fand, welches hier selbst für sich sorgte und die höchste Gewalt der Mühe überhob, es vielleicht weniger gut zu thun — und in Folge dieser Achtung legt das Gesetz der Gewohnheit ein Ansehen und eine Kraft bei, die ihr an sich nicht zukommen würden. Es duldet die Gewohnheit neben sich, räumt ihr gleichen Rang mit sich ein, und tritt ihr einen Theil seiner Herrschaft ab. Auf solche Art und nur auf diesem Wege kann es geschehen, daß die Gewohnheit eine Stelle unter den Rechtsquellen einnimmt. In rechtlicher Hinsicht beruht also das Ansehen der Gewohnheit auf dem ein für alle Mal im Voraus erklärten Willen der Staatsgewalt, daß Gewohnheiten wie Gesetze gelten sollen, der nun für uns in den Sanctionen des römischen und canonischen Rechts, welche vernünftigen Gewohnheiten diese Kraft beilegen, enthalten ist. Eine solche allgemeine Billigung ist der zureichende, aber auch zugleich der einzig mögliche Rechtsgrund der Gewohnheit (der consuetudo legalis). Gibt der Regent zu dieser oder jener einzelnen Gewohnheit seine Zustimmung, so wird sie dadurch zu einem geschriebenen Gesetz (nicht zu einer consuetudo scripta, es wäre denn Gewohnheit, welche aufgehört hat, es zu seyn, weil sie Gesetz

geworden ist, also zu nennen,) und erhält ohne weitere Erfordernisse die Kraft eines solchen. Kurz, es ist dann zwischen ihr und dem geschriebenen Gesetz kein Unterschied [1]).

Die positiven Gesetze setzen dann auch die Bedingungen fest, unter denen durch Gewohnheit Gesetz entstehen kann. Was sie aber über Gewohnheitsrecht enthalten, ist im Grunde sehr einfach, und läßt sich am Ende in Einen kurzen Satz bringen. Es muß ein gewisser Satz von Alters her, oder seit langer Zeit als Gesetz beobachtet seyn, dann hat er im Allgemeinen die Kraft eines solchen, vorausgesetzt, daß er vernünftig ist. Zu diesem Resultat gelangt man aber erst nach mancherlei Umwegen; geht es in's Einzelne, so wird die Sache schwierig; man findet bald hier, bald dort Anstoß; besonders ist man genöthigt, durch eine Menge falscher Lehrmeinungen sich hindurch zu arbeiten. Denn, da die Gesetze über die Gewohnheit theils dürftig, theils Mißdeutungen unterworfen sind, so hat dieser Stoff die Rechtsgelehrten von jeher sehr gereizt, ihre Kräfte daran zu üben, und bei der Menge verschiedener Schriftsteller fehlt es natürlich an einer Menge abweichender Meinungen nicht.

---

[1]) Daß Gewohnheiten nur durch allgemeine Billigung des Regenten entstehen können, lehrte auch schon J. H. Böhmer jus publ. universale p. 381. Not. o. Diese richtige Ansicht findet sich auch in der Recension von Glück's Comm. über Günther in der Jenaischen Lit. Ztg vom 3. Nov. 1812. In neuerer Zeit hat diese richtige Ansicht besonders Klötzer vertheidigt in der weiter unten anzuführenden Schrift. Daß sie auch die gesetzliche sey, könnte allenfalls durch das canonische Recht, und zwar durch das (in einer folgenden Note noch in extenso mitzutheilende) cap. 1. de constitut. in 6to erwiesen werden.

## §. 2.

## Unterschied zwischen Gewohnheit und Lex tacita.

Um zu beweisen, daß die specielle Einwilligung des Regenten das Wesen der Gewohnheit aufheben würde, unterscheidet Klötzer [1]) Gewohnheit und lex tacita, wovon er sagt, daß man sie bisher von der Gewohnheit nicht unterschieden habe, meint jedoch, zu den Zeiten der Republik habe jede Gewohnheit unbedenklich als lex tacita angesehen werden können.

Die Theorie kann allenfalls den Begriff einer lex tacita, d. h. eines vom Gesetzgeber rebus ipsis et factis gegebenen Gesetzes, aufstellen; aber ob dieser Begriff einen practischen Werth habe, daran ist sehr zu zweifeln. Bloße Facta möchten schwerlich von der Art seyn, daß daraus mit Sicherheit geschlossen werden könnte, es sey der Wille des Gesetzgebers, dieser oder jener Satz solle auch für die Zukunft zur Richtschnur dienen. Und dabei will ich nicht einmal gedenken, daß, wenn es auch möglich wäre, es in dieser Sphäre nicht schicklich seyn würde, den Willen anders zu erklären, als auf die vollkommenste Art.

Selbst in einer Republik kann nicht füglich von einer wahren lex populi tacita die Rede seyn, und nur so viel ist richtig, daß Julianus [2]) die gesetzliche Kraft der Gewohnheit aus dem stillschweigend erklärten Willen des Volks ableitet, oder sie dadurch rechtfertigt. In Folge dieser Stelle nahmen ältere Rechtsgelehrte an, die Gewohnheit enthalte legem populi tacitam, woraus übrigens noch nicht

---

[1]) Versuch eines Beitrags zur Revision der Theorie vom Gewohnheitsrecht, Jena 1813, S. 75 u. folg.

[2]) L. 32. D. de leg.

folgt, daß sie die Begriffe beider mit einander verwechselt haben.

Die Aeußerung des Julianus paßt nicht auf den Zustand des römischen Volks unter Hadrian, zu dessen Zeiten Julianus lebte, weshalb auch Klötzer [3]) annimmt, Julianus rede nicht von Gewohnheiten überhaupt, sondern von den bestimmten Gewohnheiten, die sich noch aus den Zeiten der freien Republik herschrieben; allein Julianus redet in der That allgemein, er legt der Gewohnheit und dem darin enthaltenen Volkswillen noch jetzt die Kraft bei, Gesetz zu machen; was ich näher auseinander zu setzen nicht nöthig finde, da die Stelle klar genug ist, es besonders auch schon aus demjenigen erhellet, was er von der Entwöhnung lehrt [4]), und dann paßt seine Aeußerung auch noch eben so wenig auf die römische Verfassung zu den Zeiten der freien Republik, nicht einmal auf eine reine Demokratie, was hier indessen einerlei ist.

Selbst in solchen Staaten, in welchen die höchste Gewalt und das Recht der Gesetzgebung sich beim ganzen Volk befindet, kann daraus, daß eine gewisse Regel bei vorkommenden Fällen bisher beobachtet worden, mit Sicherheit nicht geschlossen werden, daß sie auch zum Gesetz für die Zukunft dienen solle, sondern nur allenfalls, daß im Volke eine solche Einrichtung bisher für nützlich gehalten worden. Auch läßt es sich nicht wohl als möglich denken, daß eine Gewohnheit mit Uebereinstimmung aller Mitglieder des Staats, oder aller derjenigen, denen die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt zusteht, entstehen könne, zumal sie erst

---

[3]) a. a. O. S. 57.

[4]) Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem *abrogentur*.

im Verlauf der Zeit zu Stande kommen kann, auch ohnehin nicht alle in den Fall kommen, die Handlung vorzunehmen, oder gar zu wiederholen, wovon eben die Rede ist, so daß es den meisten selbst an der Gelegenheit fehlen wird, ihre Einwilligung oder Mißbilligung zu erklären. Es darf nicht einmal erwähnt werden, daß Gewohnheiten gewöhnlich nicht allgemein sind, sondern sich nur auf einen kleinen Theil des Staats beschränken und, was das ganze Volk betrifft, wenn in diesem oder jenem Theil des Staats Handlungen derselben Art noch so häufig wiederholt sind, will wenigstens das ganze Volk deshalb noch nicht, daß dadurch ein Gesetz auch nur für diesen Theil des Staats entstehen solle. Besonders kömmt aber in Betrachtung, daß auf allen Fall die bloße Beobachtung eines gewissen Satzes immer die Art nicht ist, wie Gesetze in Freistaaten, und namentlich in einer respublica popularis, zu Stande kommen. Man kann ja auch in Republiken, und besonders in Demokratien, die Herrscher von den Unterthanen unterscheiden. Nur insofern das Volk im Ganzen und auf die verfassungsmäßige Art handelt, herrscht es; der Einzelne ist Unterthan.

Es kömmt also immer darauf zurück, von welcher Art die Verfassung eines Staats auch seyn mag, Gewohnheiten als Gesetze können nicht anders gelten, als wenn ein geschriebenes Gesetz ihnen Gesetzeskraft beilegt, oder m. a. W. dem Volk, wer davon es auch seyn mag, die Macht zugesteht, durch bloßen Gebrauch Gesetz zu machen.

## §. 3.

## Von den Erfordernissen des Gewohnheitsrechts.

Die Erfordernisse eines Gewohnheitsrechts ergeben sich, zum Theil wenigstens, aus dem Begriff einer Gewohn-

heit und — eines Gesetzes, welches — bei eigentlichen oder Volksgewohnheiten — das Volk durch Handlungen sich selber gibt. Die Gewohnheit, aus Beidem zusammengesetzt, muß auch von Beidem etwas an sich haben. Sie, die ihrem Ursprung nach eine bloße Gewohnheit war, wird im Verlauf der Zeit zum Gesetz erhoben. Ja, schon ehe sie Gesetz ward, schon bei ihrer Entstehung mußte sie den Charakter eines Gesetzes annehmen und ihn bei keiner Gelegenheit verläugnen. Erst maßte sie sich an, ein Gesetz zu seyn, und zuletzt ward sie es, weil das Gesetz, in Rücksicht auf den Willen des Volks und auf das Alter der Gewohnheit, diese Anmaßung duldete, ja sie endlich selbst in Schutz nahm.

Das erste Erforderniß einer consuetudo legalis würde also seyn, daß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt worden, der es nicht war, — aber doch werden konnte. — Allein, gerade über dieß erste Erforderniß herrscht tiefes Schweigen in den Gesetzen; sie haben, wie es scheint, es als etwas sich von selbst Verstehendes vorausgesetzt und nicht für nöthig gehalten, darüber weiter etwas zu sagen. Die Erfordernisse, deren die Gesetze und die Schriftsteller gedenken, sind die Erfordernisse einer Gewohnheit in der gewöhnlichen Bedeutung. Die Gewohnheit besteht aus einer Mehrheit oder vielmehr Vielheit einzelner Handlungen derselben Art, die im Verlauf einer geraumen Zeit nach derselben Regel wiederholt sind. Und etwas Anderes erfordern, wenigstens in der Hauptsache, auch die Gesetze nicht; sie verordnen hier nichts, sondern entwickeln bloß, was aus der Natur einer Gewohnheit folgt. Haben sie etwas hinzugethan, so ist es etwa nur die Länge der Zeit, die zur Gewohnheit erforderlich ist, und die Vernunftmäßigkeit derselben. Man würde oft schon viel früher sagen können, dieß oder jenes sey zur

Gewohnheit geworden, ehe man sagen kann, die Gewohnheit habe Gesetzeskraft erlangt. Das Gesetz nimmt nicht jede Gewohnheit in seinen Schutz, sondern nur die alte; nur Gewohnheiten, die der Verlauf einer langen Zeit befestigt hat, sind ihm heilig. Es ist also zur Gewohnheit erforderlich:

1. eine Vielheit von Handlungen, die nach derselben Regel verrichtet, gleichförmige — also actus uniformes — sind. Zwei oder drei Fälle reichen zur Gewohnheit nicht hin; das römische Recht erfordert ausdrücklich zur Gewohnheit, daß etwas *frequenter* oder *saepe* geschehen sey [1]). Gleichwohl behaupten die Practiker, daß schon zwei Fälle, wovon in einer sehr langen Zeit das Gegentheil nicht befolgt ist, hinlänglich sind, besonders, wenn Fälle dieser Art nur selten vorkommen [2]). In einer so klaren Sache, wie

---

[1]) L. 1 et 3. C. Quae sit longa consuetudo. *L.* 34. *D. de reg. juris.* Semper in stipulationibus et in caeteris contractibus id sequimur, quod actum est, aut si non appareat, quid actum est, erit consequens, ut id sequamur, quod in regione, in qua actum est, frequentatur. Quid ergo, si neque regionis mos appareat, quia varius fuit? ad id, quod minimum est, redigenda summa est. *L.* 3. §. 6. *D. de testibus.* Testes non temere evocandi sunt per longum iter et multo minus milites avocandi sunt a signis vel muneribus, perhibendi testimonii causa. Idque Divus Hadrianus rescripsit. Sed et Divi fratres rescripserunt: Quod ad testes evocandos pertinet, diligentiae judicantis est explorare, quae consuetudo in ea provincia, in qua judicat, fuerit: nam si probabitur, saepe in aliam civitatem testimonii gratia plerosque evocatos, non esse dubitandum, quin evocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit, qui judicat.

[2]) *Carpzov* P. 2. C. 3. D. 22. *Gail* obs. II. 31. nr. 7. *Schilter* Exercit. 2. thesis 17. *Brunnemann* ad L. 1. C. Quae sit longa consuetudo. *Struv.* syntagma h. t.

diese ist, kann es nur die Vollständigkeit entschuldigen, wenn man ausdrücklich sagt, daß diese Meinungen nicht haltbar sind. Ob Fälle dieser Art sich häufig oder selten zutragen, darauf kann es hier nicht ankommen. Pflegen sie sich selten zu ereignen, so folgt daraus nur, daß eine Gewohnheit dieser Art erst später zur Vollendung gelangt, nicht aber folgt daraus, daß der zu ihrer Vollendung erforderliche Zeitraum abzukürzen sey. Das Gesetz schützt keine bloße Mehrheit von Handlungen, sondern eine Gewohnheit, und zur Gewohnheit reichen zwei oder drei Fälle nicht hin; es verlangt sogar ausdrücklich, daß etwas häufig geschehen sey, und diesem Verlangen geschieht kein Genüge, wenn etwas nur zwei oder drei Mal geschehen ist, auch dann nicht, wenn Fälle dieser Art nur selten sind. Lege non distinguente, nec nostrum est, distinguere.

Daß etwas häufig geschehen müsse, wenn eine Gewohnheit entstehen soll, folgt schon aus dem Begriff einer Gewohnheit. Allein, es läßt sich noch auf andere Art erklären. Wenn eine gewisse Regel im Verlauf einer langen Zeit häufig befolgt wird, so wird sie auch von Vielen befolgt; denn daß es immer dieselben Personen sind, die dasselbe Rechtsgeschäft vornehmen, ist nicht glaublich. Es spricht sich daher in der Befolgung der Regel ein Gefallen des Volks an dieser Einrichtung aus, ein Wunsch und Wille der Menge, sich nach dieser Regel zu richten und sie zum Gesetz zu haben; und eben dadurch wird die Gewohnheit,

§. 20. not. E. Einige unterscheiden die consuetudo *praeter jus* oder *contra jus scriptum*. Bei jener würden nach ihrer Meinung schon zwei Handlungen genügen, bei dieser ihrer mehrere erforderlich seyn. *Kemmerich* de prob. consuet. sect. 2. §. 12.

dieß Gesetz, was das Volk sich selbst geschaffen hat, zu dem Rang eines geschriebenen erhoben.

Von selbst versteht es sich übrigens, daß die einzelnen Handlungen, aus denen die Gewohnheit hergeleitet werden soll, in dem Lande, der Gegend, dem Ort selbst vorgenommen seyn müssen, von dessen Gewohnheit die Rede ist [3]).

2. Zwischen den Fällen, aus denen die Gewohnheit hergeleitet werden soll, oder den Handlungen, die nach derselben Regel eingerichtet sind, müssen keine andere von gleicher Art sich ereignet haben, in welchen eine andere Regel, als eine solche, die in Fällen dieser Art vielmehr zu befolgen sey, befolgt ward; die Gewohnheit muß nicht, wie man zu sagen pflegt, durch Handlungen von verschiedener Gestalt, durch entgegenstehende Handlungen — durch actus difformes, contrarios — unterbrochen seyn; die Handlungen müssen vielmehr actus *continui* seyn. Die Veränderlichkeit, der Wechsel stehen mit der Gewohnheit in Feindschaft, und wenn ein gewisser Satz in einigen Fällen befolgt, in anderen wieder nicht befolgt ward, wenn, wie es in solchen Fällen wohl zu heißen pflegt, der Gebrauch nicht standhaft ist, kann man nicht sagen, es sey eine Gewohnheit entstanden. Quid ergo, heißt es in L. 34. D. de reg. jur., si neque regionis mos adpareat, *quia varius fuit?* Ein *mos varius* ist so eigentlich gar kein mos, und kann daher nicht als mos erscheinen. Zur Gewohnheit gehört, daß man fest bei der Regel geblieben sey; das römische Recht räumt die Gesetzeskraft nur der consuetudo *tenaciter servata* [4]) oder, wie es in einer

---

[3]) *Cramer* observ. jur. un. tom. 3. obs. 847. §. 34.

[4]) L. 3. C. Quae sit longa consuet.

anderen Stelle [5]) heißt, der consuetudo *jugiter observata* ein. Ferner ist aus einer Stelle des Modestinus zu ersehen, daß es die *consuetudo semper observata* ist, welche die verbindende und zwingende Gewalt hat [6]), und die *auctoritas rerum similiter judicatarum* ist durch das *perpetuo* eingeschränkt [7]). Die Gewohnheit ist anzusehen als eine, durch den Strom der Zeit sich hinziehende, lange Kette; die einzelnen Handlungen, aus denen die Gewohnheit hergeleitet wird, sind die Glieder dieser Kette, die, aus demselben Stoff gebildet, fest an einander hängen; keinen Zusatz aus fremdartigem Stoff duldet die Kette.

Ich würde selbst glauben, daß schon eine entgegenstehende Handlung die Gewohnheit unterbricht, so daß die Glieder der Kette in keinem Zusammenhang weiter stehen, sondern auseinander fallen. Es scheint dieß schon aus der Art zu folgen, wie die römischen Rechtsgelehrten die gesetzliche Kraft einer Gewohnheit erklären. Sie entsteht darnach durch einen consensus *omnium*. Von der Entwöhnung wenigstens bemerkt Julianus [8]), sie entstehe durch einen consensus *omnium*, und die Entwöhnung ist eine Art der Gewohnheit. Ebenso bemerkt Cicero von der Gewohnheit: consuetudo est jus, quod voluntate *omnium* sine lege vetustas comprobavit [9]). Ein solcher consensus omnium ist anzunehmen, wenn Viele dasselbe thun und Keiner das Gegentheil thut. Wenn aber Einzelne eine andere Regel befolgen, so fehlt der *consensus omnium*. Während jene ihren *consensus* durch die That, haben diese ihren *dissensus* durch die That an den Tag gelegt.

[5]) L. 3. C. de priv. scholarum.

[6]) L. 32. §. 6. D. de adm. et per. tut.

[7]) L. 38. D. de leg.

[8]) L. 32. §. 1. D. de legibus.

[9]) de invent. lib. 2. cap. 67.

Auch nach der Lehre der Alten hindert schon eine entgegenstehende Handlung die Gewohnheit, so lange sie noch nicht eingeführt ist [10]). Und ich nehme keinen Anstand, ihnen beizustimmen. Man würde zwar, wenn der entgegenstehenden Handlungen mehrere sind, im gemeinen Leben vielleicht immer noch sagen können, dieß oder jenes sey Gewohnheit, aber eine standhaft befolgte, eine consuetudo *tenaciter* servata, *jugiter* observata, *semper* observata, wie die Gesetze sie zu einem, mit der Verjährung verwandten, Gewohnheitsrecht erfordern, könnte man sie immer nicht nennen, eben so wenig wie von einer auctoritas rerum *perpetuo* similiter judicatarum die Rede seyn könnte, wenn auch nur einmal ein Fall dieser Art anders entschieden wäre.

Gegen die Beweiskraft dieser mehreren zusammenstimmenden und einander unterstützenden Aeußerungen, die meistens aus Titeln entlehnt sind, worin die Lehre vom Gewohnheitsrecht ihren eigentlichen Sitz hat, kann eine Stelle des Callistratus im Titel de testibus nicht sehr in's Gewicht fallen, wenn sie auch sonst wohl dazu geeignet wäre [11]).

---

[10]) *Struv.* syntagma, tit. de leg §. 20. nota E. *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 39. *Cramer* obs. jur. un. tom. 3. obs. 847. §. 14.

[11]) Es ist *L.* 3. §. 6. *D. de testibus*. Testes non temere evocandi sunt per longum iter et multo minus milites avocandi sunt a signis vel muneribus, perhibendi testimonii causa. Idque Divus Hadrianus rescripsit. Sed et Divi fratres rescripserunt: Quod ad testes evocandos pertinet, diligentiae judicantis est explorare, quae consuetudo in ea provincia, in qua judicat, fuerit: nam si probabitur, saepe in aliam civitatem testimonii gratia plerosque evocatos, non esse dubitandum, quin evocandi sint, quos necessarios in ipsa cognitione deprehenderit, qui judicat. Klötzer beruft sich auf sie, um seine ent-

Es ist in dieser Stelle die Rede davon, ob der Richter, bei dem Zeugen in Vorschlag gebracht sind, sie zur Ablegung ihres Zeugnisses von ihrem Wohnort abrufen dürfe, und die Frage wird dahin beantwortet, es müsse erforscht werden, ob dieß oft und in den meisten Fällen geschehen und also zur Gewohnheit geworden sey. Daraus scheint deutlich zu erhellen, daß etwas zur Gewohnheit geworden seyn könne, wenn auch in mehreren Fällen das Gegentheil geschehen ist, sobald nur die anderen Fälle, in denen der Rechtssatz befolgt ist, gegen jene überwiegend sind. Können nun selbst mehrere Fälle die Entstehung einer Gewohnheit nicht hindern, so kann es ein einziger vollends gar nicht. Indessen ist es sehr die Frage, ob die Fälle, da Zeugen in ihrem Wohnort abgehört wurden, als entgegenstehende angesehen werden konnten. Es kam hier doch nur darauf an, ob der Richter das Recht habe, die Zeugen von ihrem Wohnort abzurufen, ob er es könne. Nun konnte es immer ein durch Gewohnheit eingeführter Grundsatz geworden seyn, daß der Richter die Befugniß habe, wenn er es nach den Umständen zweckmäßig fand, die Zeugen von ihrem Wohnort abzurufen, obgleich Fälle vorgekommen waren, in welchen die Abrufung nicht geschehen war. Actus contrarii würden es gewesen seyn, wenn die Zeugen, während sie in einigen Fällen der Abrufung Folge gaben, in anderen — den actibus contrariis — sich mit Erfolg widersetzt hätten.

Vorausgesetzt wird immer, wenn entgegenstehende Handlungen eine Gewohnheit unterbrechen sollen, daß man eine

---

gegengesetzte Meinung dadurch zu unterstützen. Klötzer, Versuch eines Beitrags zur Theorie vom Gewohnheitsrecht. §. 34.

entgegengesetzte Regel befolgte, nicht aber aus besonderen Gründen bloß eine Ausnahme von der Regel machte.

Es können auch entgegenstehende Handlungen eine Gewohnheit wohl hindern, so lange sie noch schwach und im Entstehen ist; sie können aber eben so wenig, wie die vollendete Verjährung unterbrochen werden kann, die entstandene oder zu ihrer vollen Kraft gelangte vernichten. Die entstandene Gewohnheit gilt wie im Gesetz, welches dadurch seine Gültigkeit nicht verliert, daß es übertreten wird. Nur wenn dieß Uebertreten selbst wieder zur Gewohnheit geworden ist, würde die ältere Gewohnheit durch die jüngere vernichtet werden.

Es läßt sich endlich auch denken, wenn eine Gewohnheit unterbrochen ist, daß, gerade wie bei der unterbrochenen Verjährung, nach der Unterbrechung eine neue sich bilden kann. Ich sehe wenigstens keinen zureichenden Grund, warum nicht? Wenn also seit dem letzten actus contrarius eine lange Zeit verstrichen ist, und in dieser langen Zeit häufig Fälle vorgekommen sind, in denen die Regel standhaft befolgt ist, dann ist die alte unterbrochene und unbrauchbar gewordene Gewohnheit wieder hergestellt, oder vielmehr eine neue von derselben Art entstanden.

Zu diesen Erfordernissen, wovon das letztere verneinender Art ist, muß

3. der Ablauf einer langen Zeit kommen. Der Ablauf einer langen Zeit, in welcher man in häufig vorgekommenen Fällen immer derselben Regel getreu geblieben ist, drückt der Gewohnheit das Siegel der Vollendung auf und macht sie in den Augen des Gesetzes erst recht würdig, selbst Gesetz zu werden. Nur die alte, die eingewurzelte, die lange Gewohnheit, die Gewohnheit, über

welche die Jahre hingegangen sind, die ihr ein so ehrwürdiges Ansehen geben, schützt das Gesetz und will es erhalten wissen [12]). Die Dauer der Zeit ist eben so wenig, wie die Zahl der Handlungen, bestimmt; und daraus folgt nun, daß es dem Richter überlassen ist, nach seinem vernünftigen Ermessen zu entscheiden, ob hier wirklich eine alte, eingewurzelte, seit langer Zeit befolgte, standhafte Gewohnheit vorhanden sey.

Das letzte, nun folgende Erforderniß ist ebenfalls von dem Ermessen des Richters abhängig. Es ist nämlich

4. erforderlich, daß die Gewohnheit vernünftig sey [13]). Die Gesetze nehmen nur gute alte Gewohnheiten in Schutz, keine Gebräuche, wovon, nach Shakespeare's Ausdruck, der Bruch mehr ehrt, als die Befolgung, keine Mißbräuche, wie lange sie auch schon bestanden haben mögen. Schon Justinian bemerkt [14]): Male adinventa, malaeque consuetudines, neque ex longo tempore, neque ex longa consuetudine confirmantur. Aehnliche Aeußerungen canonischer und deutscher Gesetze ließen sich die Menge anführen. Sie bestätigen nur löbliche, rechtmäßige, billige Gebräuche [15]).

Eigentlich ist auch dieß Erforderniß von verneinender Art. Die Gewohnheit ist vernünftig, wenn sie nicht unvernünftig, gut, wenn sie nicht schlecht ist. Daß die Gewohnheit besondere Eigenschaften an sich haben müßte, die sie in Hinsicht auf Vernunftmäßigkeit, Güte, Wohlfahrt des Staats

---

[12]) Totus tit. C. Quae sit longa consuet.

[13]) L. 2. C. Quae sit longa consuet.

[14]) Nov. 134. Cap. 1. S. auch c. 3. Dist. 8.

[15]) Beispiele unvernünftiger Gewohnheiten, die im Einzelnen ge-

besonders empfehlungswürdig machten, ist wenigstens nicht erforderlich. Verwerflich ist eine Gewohnheit nur, wenn sie vor dem höchsten Richterstuhl der Vernunft sich auf keine Art vertheidigen oder verantworten läßt, wenn sie auf etwas Unsittliches, Unwürdiges, Schädliches, Verderbliches, oder auch nur auf etwas völlig Unnützes und Beschwerliches gerichtet wäre. Eine dergleichen unvernünftige Gewohnheit ist zugleich eine schlechte; beide Ausdrücke bezeichnen hier dieselbe Sache.

Unter den schlechten Gewohnheiten den ersten Platz würde schon die Gewohnheit einnehmen, die mit dem geschriebenen Gesetz in Widerspruch steht. Aber, angenommen — was für jetzt noch nicht näher untersucht werden kann — daß eine Gewohnheit dieser Art, nach den Grundsätzen des römischen und canonischen Rechts, sogar tauglich ist, das Gesetz zu verdrängen und sich an dessen Stelle zu setzen, versteht es sich, daß diese das Gesetz abschaffende Gewohnheit eher zu guten, auf keinen Fall zu den schlechten zu rechnen sey.

## §. 4.

## Was zur Gewohnheit nicht erforderlich ist. Animus consuetudinem introducendi.

Von der Gewohnheit lehren die Alten, es sey nicht erforderlich, daß diejenigen, welche die Handlungen vornahmen, aus denen die Gewohnheit entstanden ist, die Absicht gehabt haben, eine Gewohnheit zu gründen oder Gesetze zu geben. Der animus consuetudinem introducendi ist nicht erforderlich [1]). Man muß dieß zugeben; es ist wenigstens

insos-

---

mißbilligt werden, in der Carolina Art. 218.

[1]) *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 33.

insofern gegründet, als es überhaupt auf das Bewußtseyn der Einzelnen hierbei nicht ankommt; es ist genug, daß bei wiederkehrenden Handlungen derselben Art immer dieselbe Regel befolgt ist. Die Gesetze sehen hier bloß auf die Thatsachen, auf das Factum, daß die Gewohnheit sich gebildet hat, ohne weiter darnach zu fragen, was die Handelnden dabei gedacht haben. Durch die Gewohnheit entsteht ein Gesetz, wenn auch die Einzelnen, welche die Handlungen vornahmen, keine Ahndung davon hatten, wie wichtig und folgenreich das, was sie thaten, für Andere sey und daß sie, welche bloß ihre eigenen Angelegenheiten zu besorgen bedacht waren, zu gleicher Zeit — vereint mit Anderen und mit Hülfe der Zeit — Gesetzgeber waren. Zu dieser Ehre gelangen hier selbst diejenigen, die bei der Gesetzgebung sonst nirgends eine Stimme haben, wie das Frauenzimmer [2]), obwohl Romanus sie ihnen nicht einräumen will [3]). Indessen liegt beim Gewohnheitsrecht doch immer die Idee zum Grunde, daß das Volk hier seinen Willen durch die That erklärt hat, und sie kann uns in dieser Materie als Führerinn dienen; sie zeigt uns durch schwierige Gegenden den rechten Weg und namentlich kann sie uns über die Beschaffenheit der Handlungen Auskunft geben, die zur Gewohnheit erforderlich sind.

## §. 5.
## Erfordert die rechtliche Gewohnheit Handlungen, die opinione necessitatis vorgenommen sind?

Wenn die Rechtsgelehrten erfordern, die Handlungen, aus denen eine Gewohnheit entstehen soll, müßten opinione

2) *Lauterbach* c. l. §. 33. *Brunnemann* ad L. 2. D. de legibus.

3) Sing. 43.

necessitatis vorgenommen seyn, und dieß so verstehen, die Handelnden müßten die Meinung gehegt haben, ihnen liege die Verbindlichkeit auf, also zu handeln, welches besonders an dem (vergeblichen) Widerspruch erkennbar seyn soll, sie gleichwohl aber lehren, eine Gewohnheit müsse ursprünglich nicht auf Irrthum beruhen, so ist es auch mir immer aufgefallen, was der oftерwähnte Schriftsteller [4]) rügt, daß sie mit sich selbst in Widerspruch stehen, weil ja dann nie eine rechtliche Gewohnheit entstehen könnte, indem jede ursprünglich auf einem Irrthum beruhen würde. In der That, wäre opinio necessitatis in dem angeführten Sinn zur Gewohnheit erforderlich, so könnte eine Gewohnheit nie anders entstehen, als durch Irrthum, und folglich nach jener Lehre niemals gelten oder Gewohnheitsrecht werden. Denn, war der Satz, worauf die Gewohnheit gerichtet ist, schon zuvor den Gesetzen gemäß, so bedurfte es der Gewohnheit nicht, und er gilt fortan nicht vermöge der Gewohnheit, sondern vermöge des Gesetzes, welches durch die Gewohnheit nur unterstützt wird, dieser Stütze jedoch nicht bedarf; war er es aber nicht, so irrten die Handelnden und folglich sind ihre Handlungen nicht tauglich, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Ueberhaupt entbehrt jener Satz, auf die angeführte Art verstanden, eines hinlänglichen Grundes. Wohl aber, glaube ich, kann man sagen, die Handelnden müssen einen gewissen Satz als Gesetz befolgt haben, nicht, als sey er ein Gesetz, eher noch, als solle er eins seyn. Es liegt nämlich bei dem Gewohnheitsrecht die Idee zum Grunde, daß das Volk durch den Gebrauch ein Gesetz

---

[4]) Klötzer a. a. O. S. 196.

macht [5]), was freilich in Republiken, wie in monarchischen Staaten, nur auf Autorisation der Staatsgewalt geschehen kann. Indessen würde man doch zu weit gehen, wenn man das, was ein Princip ist, wodurch die römischen Rechtsgelehrten die Kraft der Gewohnheit erklären, zur Bedingung des Gewohnheitsrechts machen wollte. Die Absicht, ein Gesetz zu gründen, ist so wenig als diejenige, eine Gewohnheit hervorzubringen, erforderlich; es wird wenigstens nicht nöthig seyn, daß sie besonders hervortritt. Die Gesetze sehen hier, wie gesagt, bloß auf das Daseyn der Gewohnheit und auf die Handlungen und fragen nicht, was Einzelne dabei gedacht haben. Es kömmt hier doch nur darauf an, daß eine feststehende, in allen Fällen dieser Art zu beobachtende Regel, gleich, als wäre sie eine gesetzliche oder in den Gesetzen gegründete, befolgt ward. Diese Regel stellt das Volk nicht sowohl auf, als es vielmehr nach ihr, als einer bereits vorhandenen, handelt. Da das Volk hier nicht spricht, sondern bloß handelt, so kommt die Beschaffenheit der Handlungen in Betrachtung, ob sie nämlich überhaupt nach einer Regel, die dabei, als wäre sie eine gesetzliche, zum Grunde liegt, — und zwar nach dieser — eingerichtet sind oder nicht. Die Gewohnheit soll eine in Fällen dieser Art auch von Anderen,

---

[5]) §. 9. *J. de jure nat., gent. et civ.* Sine scripto jus venit, quod usus approbavit; nam diuturni mores *consensu utentium comprobati* legem imitantur. *L.* 32. §. 1. *de leg.* — — — Quid interest, suffragio populus voluntatem declaret, an rebus ipsis et factis. *L.* 35. *D. eod.* Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio, non minus quam ea, quae scripta sunt, jura servantur. S. auch pr. J. de acquis. per arrogat.

ja von Allen zu befolgende Regel, sie soll ein Gesetz werden, und muß sich also auch darnach anlegen.

Indem man den Satz aufstellt, die Handlungen müßten opinione necessitatis vorgenommen seyn, wird zugleich bemerkt, daß willkührliche Handlungen, z. B. was per modum precarii oder aus Mitleiden, Freundschaft, Menschenliebe geschehen, oder was durch Vergleich oder Vertrag bewilligt worden, nicht tauglich sey, ein Gewohnheitsrecht zu begründen.

Der angeführte Schriftsteller hingegen lehrt: ein Vertrag könne in Beziehung auf dritte Personen eine Gewohnheit begründen, und zwar, wenn ich ihn anders richtig verstehe, nicht, daß dieß oder jenes geschehen müsse, sondern daß es geschehen oder unterbleiben könne [6]).

Mir scheint es, die Lehre von der Gewohnheit sey auch in dieser Hinsicht noch nicht gehörig aufgeklärt, die Wahrheit könne auch nur dann erkannt werden, wenn man sich an den oben aufgestellten einfachen Satz hält: zur Gewohnheit gehöre, daß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt sey. Willkührliche Handlungen würden durch den falschen Satz, wornach die Handlungen opinione necessitatis, d. h in der Meinung von dem Daseyn einer verbindlichen Norm, vorgenommen seyn müssen, ausgeschlossen seyn, aber durch den wahren Satz: es muß ein gewisser Satz als Gesetz befolgt seyn, sind sie es keinesweges. Im Gegentheil gehören gerade willkührliche Handlungen zur Begründung einer Gewohnheit und unwillkührliche sind ausgeschlossen. Sollen also Handlungen der angeführten Art nicht tauglich seyn, ein Gewohnheitsrecht zu begründen, so muß der Grund

---

[6]) S. Klötzer a. a. O. S. 200 folg

davon anders worin liegen, als darin, daß sie actus arbitrarii sind. Dieser Grund kann kein anderer seyn, als daß dabei keine feststehende, in allen Fällen dieser Art zu befolgende Regel zum Grunde liegt.

Ist aber diese Absicht durch die Natur jener Handlungen wirklich als ausgeschlossen anzunehmen? Diese quaestio facti wird im Allgemeinen zu bejahen seyn. Was indessen den Vertrag betrifft, so kann dabei eine Gewohnheit zum Grunde liegen, so daß das Versprechen eine Folge derselben ist. M. a W., der Vertrag wiederholt bloß, wozu, vermöge der Gewohnheit, der eine berechtigt, der andere verpflichtet ist. Es kann aber auch seyn, so scheint es mir fast, daß die Gewohnheit gerade darin besteht, Vertragsweise so etwas versprechen oder auf so etwas Verzicht leisten zu müssen, etwa als Bedingung zur Erlangung gewisser Vortheile. Im ersteren Fall führt der Vertrag keine Gewohnheit ein, sondern erkennt sie als vorhanden an; im zweiten Fall könnte wohl eine Gewohnheit entstehen, weil die Gewohnheit, gleich dem Gesetz, zu etwas zwingen kann. Es kann endlich auch seyn, daß der Vertrag bloß auf die Personen der Contrahenten seine Wirkung einschränkt und das wird gerade der gewöhnliche Fall seyn.

## Zusatz.

Die *opinio necessitatis*, die zur Gewohnheit erforderlich seyn soll, bleibt aus den Schulen und Schriften der Rechtsgelehrten besser verbannt. Daß sie eingeführt ward, fällt nicht den Rechtsgelehrten zur Last, sondern es scheint damit auf einem Mißverständniß Einzelner zu beruhen, wozu der nicht gut gewählte Ausdruck die Gelegenheit gab. Daß die Handelnden die Meinung gehegt haben müßten, sie

seyen verbunden, also zu handeln, kann zur Einführung einer Gewohnheit um so weniger nöthig seyn, als es, wie gesagt, gar nicht darauf ankömmt, was die Handelnden bei der Handlung gedacht haben. Wohl aber kömmt es auf die Natur der Handlung an, nämlich, daß eine gewisse Regel dabei befolgt ward, die eben die Gewohnheit bilden und, zum Gesetz erhoben, auch in anderen Fällen zur Richtschnur dienen soll, gleichwie sie in diesem dazu gedient hat. Nun kommen aber viele Fälle vor, wobei keine Regel befolgt wird, sondern was die Handelnden wollen oder sich gefallen lassen, beschränkt sich auf den gegenwärtigen Fall, und Fälle dieser Art sind nicht so angethan, daß daraus eine Gewohnheit hergeleitet werden kann. Handlungen dieser Art tragen den Charakter der Willkührlichkeit und Veränderlichkeit an sich, während das Gesetz als etwas Nothwendiges, als eine bleibende, feststehende Regel erscheint, und eine solche hier durch Gewohnheit begründet werden soll. Es hatte daher guten, wenn auch nicht erkannten, Grund, wenn die Rechtsgelehrten annahmen, daß keine Verträge, überhaupt keine *actus arbitrarii*, wie sie es nannten, zur Einführung einer Gewohnheit tauglich sind. Handlungen dieser Art wollten sie ausschließen, als sie die Regel aufstellten, die Handlungen, aus denen eine Gewohnheit hergeleitet werden solle, müßten *opinione necessitatis* vorgenommen seyn. Gleichwohl erforderten die Rechtsgelehrten auch wieder freie Handlungen — actus spontaneos, voluntarios — zur Gewohnheit; die Handlungen müßten, sagten sie, nicht erzwungen seyn, nicht auf Irrthum beruhen u. s. w. [7]). Es ist alles

---

[7]) *Lauterbach* h. t. §. 37.

richtig, nur nicht alles richtig ausgedrückt. Allerdings gehören freie Handlungen zu einer Gewohnheit; allerdings sind Handlungen, wie Verträge u. s. w. nicht tauglich, eine Gewohnheit daraus herzuleiten, aber nicht, weil Verträge actus arbitrarii sind, sondern weil das, was geschieht, sich auf den individuellen Fall beschränkt und diesem angepaßt ist, aber keine feststehende Regel dabei befolgt wird. Wenn die Rechtsgelehrten dieß so ausdrückten, die Handlungen müßten opinione necessitatis vorgenommen seyn, so ist dieß ein Erforderniß von verneinender Art; dabei sagten sie mehr, als sie sagen wollten oder doch mehr, als sie verantworten konnten. Hinweg also mit der opinione necessitatis! Was hier erforderlich ist, läßt sich besser so ausdrücken: Soll eine Gewohnheit entstehen, so muß ein gewisser Satz nicht bloß in einzelnen Fällen aus besonderen Gründen befolgt, sondern als eine bleibende feststehende Regel für alle Fälle dieser Art, als ein Gesetz beobachtet seyn. Das ist ja überhaupt der Character eines Gesetzes. Es wird dadurch eine Regel aufgestellt, die für alle Fälle derselben Art — nicht bloß in diesem einen individuellen — befolgt werden soll. Von der höchsten Gewalt wird diese Regel aufgestellt, der es zusteht, die Gesetze zu geben, und diese hat hier ihre Function dem Volke übertragen, wovon Einzelne, indem sie die übrigen, die sich unthätig verhalten, vertreten, unter gewissen Bedingungen durch die That Gesetze machen.

§. 6.

## Hindert Irrthum die Entstehung einer Gewohnheit?

Die Rechtsgelehrten pflegen, wie auch schon beiläufig erwähnt ward, von der Gewohnheit zu lehren, sie müsse

nicht auf Irrthum beruhen. Diese Lehre gründet sich auf eine Stelle des Celsus:

*L. 39. D. de legibus.*

Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est, in aliis similibus non obtinet.

Lehrt Celsus in dieser Stelle nicht deutlich, was die Ausleger darin gefunden haben? Gleichwohl bestreitet Klötzer[1]) die Richtigkeit der Lehre. Die Stelle des Celsus beziehe sich auf das Erforderniß der Gewohnheit, daß sie vernünftig seyn müsse. Wer eine unvernünftige Gewohnheit für vernünftig halte, irre sich, und von einem Irrthum dieser Art, den jener Schriftsteller einen objectiven nennt, sey in der angeführten Stelle nur die Rede. Ein Irrthum anderer Art, ein subjectiver Irrthum, wie Klötzer ihn nennt, komme nicht in Betrachtung; an diesem nehme der Staat kein Interesse.

Die Erklärung, die Klötzer gibt, paßt, nach meinem Ermessen, zu den Worten nicht und scheint nicht befriedigend zu seyn; und um so weniger, da man, um sie aufrecht zu erhalten, voraussetzen müßte, daß diejenigen, aus deren Handlungen die Gewohnheit entstanden ist, sie jederzeit für vernünftig gehalten haben, was nicht nothwendig ist; man würde ferner bei dieser Erklärung nicht begreifen können, weshalb ein solches Gewicht darauf gelegt ist, daß der Irrthum beim ersten Ursprung der Gewohnheit begangen seyn müsse.

Nach meinem Ermessen ist jene Stelle an sich ohne alle Schwierigkeit; Irrthum ist hier Irrthum; Celsus wollte

---

[1]) a. a. O. S. 134 folg.

nicht mehr oder weniger sagen, als seine Worte nach der natürlichen und gewöhnlichen Bedeutung ausdrücken. Celsus lehrt: Was keinen vernünftigen Grund hat — dieß ist ratio — sondern zuerst durch Irrthum eingeführt und dann im Verlauf der Zeit zur Gewohnheit geworden ist, das ist für die Zukunft nicht weiter zu befolgen [2]).

Und dennoch mögte ich selbst daran zweifeln, daß der Irrthum der Entstehung einer mit Gesetzeskraft versehenen Gewohnheit hinderlich seyn könnte. Nach der Natur der Sache wenigstens kann der Irrthum hier gar nicht in Betrachtung kommen. Gewohnheiten entspringen aus Bedürf-

---

[2]) Zwar wird, wie es scheint, an einer anderen Stelle der Pandecten das Gegentheil gelehrt. *Error jus facit*, bemerkt Paulus, indem er bei der Frage, ob silberne Trinkgeschirre unter dem vermachten Hausrath oder ob sie unter dem vermachten Silber begriffen sind, sich für das Letztere entscheidet. Man müsse sich, sagt er, in die Denkungsart des Erblassers versetzen, wiewohl sie an sich falsch sey; man müsse sehen, was der Erblasser bei jenem Ausdruck gedacht hat; darauf komme es an; und auf solche Art, setzt er hinzu, kann Irrthum ein Recht machen: et *error jus facit*. L. 3. §. ult. D. de suppell. leg. Diese Worte stehen hier, wie jeder sieht, der die Stelle selbst lies't, in einer ganz anderen Beziehung und werden in ganz anderer Bedeutung ausgesprochen, als worin Celsus vom Irrthum spricht; die Lehre des Celsus bleibt unangetastet.

Auch das canonische Recht hat den Grundsatz angenommen, daß die Gewohnheit nicht auf Irrthum beruhen müsse. Es stellt den Grundsatz auf, die Wahrheit müsse vor der Gewohnheit den Vorzug behaupten, die Gewohnheit müsse der Wahrheit weichen; sobald der Irrthum offenbar geworden, könne der Gebrauch, der sich darauf stützt, nicht weiter gelten, sondern müsse abgeschafft werden. Cap. 4. sq. Dist. 4.

nissen und Neigungen eines Volks; Irrthum kömmt dabei nicht vor; wenigstens kann das, was hier unter Irrthum gemeint seyn könnte, auf die Gültigkeit der Gewohnheit von keinem Einflusse seyn. Beim geschriebenen Gesetz kömmt es ja nicht darauf an, ob irrthümliche Vorstellungen den Gesetzgeber bewogen haben, das Gesetz zu geben; er hatte nichts desto weniger die Absicht, das Gesetz zu geben, wenn auch irrthümliche Vorstellungen es waren, die ihn dazu verleiteten. Niemand fragt, wenn das Gesetz gegeben ist, ob der Gesetzgeber wohl nicht durch falsche Ansichten zur Gebung des Gesetzes bewogen sey; wenigstens zweifelt Niemand an der Gültigkeit eines auf falschen Ansichten beruhenden Gesetzes. Es würde auch sonst die Gültigkeit eines jeden Gesetzes in Zweifel gezogen werden können und bei allen Untersuchungen über das Gesetz die erste und vor allen zu untersuchende Frage die ausmachen, ob das Gesetz überhaupt hätte gegeben werden müssen. Wie es sich nun mit dem geschriebenen Gesetz verhält, also verhält es sich mit der Gewohnheit, die das Gesetz nachahmt und wobei das Volk selbst die Rolle des Gesetzgebers übernommen hat.

Das römische Recht ist hier von den Auslegern, wie ich glaube, durchaus mißverstanden werden. Es steht zwar im römischen Recht, der Irrthum hindert das Entstehen einer gesetzlichen Gewohnheit, aber dieser, dem Zusammenhang entrissene, Satz hat im römischen Recht lange die Bedeutung oder den Umfang nicht, den die Ausleger ihm gegeben haben. Es bezieht sich damit nicht auf die Gewohnheit überhaupt, sondern — nur auf eine besondere Art derselben, auf die auslegende Gewohnheit, und auch nur, wie wir in der Folge sehen werden, in einer sehr eingeschränkten Beziehung. Nicht bei der Ge-

wohnheit überhaupt, wohl aber bei der auslegenden kann der Irrthum von Einfluß seyn. Wer ein Gesetz gibt, der will es geben, wenn er auch unter anderen Umständen den Willen nicht gehabt haben würde, es zu geben; aber die Auslegung — ist nicht das Geschäft des Willens, sondern des Verstandes. Indem Jemand den Sinn entwickelt, den ein Anderer mit seinen Worten verband, kann er fehlgreifen; hier kann von einem falschen Urtheil, von einem Irrthum, die Rede seyn.

Und jetzt lese man einmal die Stelle des Celsus im Zusammenhange mit den vorhergehenden, um sich sogleich von der Richtigkeit dieser Ansicht zu überzeugen Der Stelle des Celsus vorher gehen mehrere andere, worin von der Kraft einer Auslegung, die auf Gewohnheit beruht, die Rede ist. In der zunächst vorhergehenden wird gelehrt, wie die Gewohnheit in Fällen, wo der Sinn des Gesetzes zweifelhaft ist, *in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur*, die Kraft des Gesetzes habe. Und nun folgen unmittelbar jene Worte des Celsus: Quod non ratione introductum, sed errore primum, deinde consuetudine obtentum est: in aliis similibus non obtinet. Alles hängt nun auf's Beßte zusammen. Jetzt sieht man auch, weshalb Nachdruck auf den zu Anfang vorhandenen Irrthum gelegt wird. Nämlich, das Mißverständniß kömmt auf die Rechnung derjenigen, die zuerst in den Fall kommen, das Gesetz zur Anwendung zu bringen; ihre Nachfolger gehen nur auf dem Wege fort, der ihnen von ihren Vorgängern angewiesen ist.

## §. 7.

## Verschiedene Unterscheidungen der Gewohnheit; allgemeine und besondere Gewohnheiten; gerichtliche, außergerichtliche.

Die Gewohnheit ist auf keinen Ort beschränkt. Das Gebiet, worin sie, gleich einem Gesetz, herrscht, kann das ganze Land, aber auch ein Theil desselben seyn. Man kann daher, in Hinsicht auf den geographischen Umfang, allgemeine und besondere Gewohnheiten unterscheiden. Allgemeine Gewohnheiten, die im ganzen Lande gelten, sind selten; dagegen haben einzelne Provinzen ihre besonderen Gewohnheiten; einzelne Städte und Oerter die ihrigen. Im römischen Recht kommen vor *mores provinciae — regionis — locorum* [1]).

Außerdem, daß die Gewohnheit entweder unter dem ganzen Volk oder einem Theil desselben sich bildet, kann sie auch in den Gerichtsstuben, wie in Collegien, entstehen; es gibt gerichtliche und außergerichtliche Gewohnheiten. Zwar hat man in dieser Hinsicht Zweifel erhoben, jedoch nicht daran ward gezweifelt, ob es auch gerichtliche Gewohnheiten, sondern ob es außer ihnen noch andere geben könne, und die Rechtsgelehrten haben es nicht für überflüssig gefunden, anzumerken, daß außergerichtliche Handlungen zur Einführung einer Gewohnheit tauglich oder, wie sie sich auszudrücken pflegen, nicht gänzlich dazu un-

1) L. 7. §. 10. D. de adm. et per tutor. — L. 1. §. ult. D. de ventre inspiciendo. L. 1. D. de usuris. L. 39. §. 1. D. de legatis 1. L. 34. D. de reg. juris. L. 8. C. de locat. — L. 2. C. Quemadm. testam. aper.

tauglich (plane inhabiles) sind [2]). Daß eine Gewohnheit außerhalb des Gerichts durch bloßen Volksgebrauch entstehen könne, das kann gar keinen Zweifel leiden. Wenn man z. B. bei der Erbfolge und bei der Vertheilung des Nachlasses immer nach gewissen Regeln sich gerichtet hat, wenn von der einen Seite man vom Volk gewisse Leistungen, als wie vermöge eines Rechts, gefordert und von der anderen Seite man sie, als wie vermöge einer Schuldigkeit, bewilligt hat und dieses Fordern und Bewilligen häufig wiederholt ist, wie sollte da nicht eine Gewohnheit entstehen, die durch den Ablauf einer langen Zeit gestärkt, das Ansehen und die Kraft eines Gesetzes erlangen könnte? Viel eher könnte daran gezweifelt werden, ob aus Handlungen eines bloßen Gerichts ein Gewohnheitsrecht hervorgehen könne, und wer zuerst davon hört, daß bei Gericht ein Gebrauch aufkommen könne, der das Ansehen eines Gesetzes annimmt und das Gericht auf solche Art die Normen selbst geben kann, nach denen es handelt und Recht spricht, dem wird dieß sehr auffallend seyn und er sich zuerst nicht darin finden können. Wie kann, wird er fragen, bei Gericht ein Gesetz entstehen, da ja die Gewohnheit vom Volk ausgehen und ein Gericht die vorhandenen Normen anwenden, aber keine neuen erschaffen soll. Indessen, die Sache ist nichts desto weniger gegründet. Es gehört zu den Eigenthümlichkeiten des römischen Rechts, daß die Gerichte an der Bildung des Rechts Theil nehmen, und *mos judicio-*

---

2) *Hahn* ad Wesenbec. tit. de leg. Nr. 9. *Boehmer* Consult. 869. Nr. 15. 16. *Cramer* obs. jur. univers. tom. 3. obs. 847. §. 10. S. *Hofacker* princ. jur. Rom. tom. 1. §. 124.

*rum* und *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum* sind kein geringer Theil des durch Sitte und Gebrauch entstandenen Rechts. Der ganze Geist des römischen Rechts geht in dieser Materie dahin: Alles, was als gesetzliche Norm, sey es im Volk und außergerichtlich, sey es im Gericht, in einem Collegio u. s. w. befolgt, wieder befolgt, in Gebrauch gekommen ist, den die Länge der Zeit befestigt und geheiligt hat, das soll beibehalten werden, als wenn es Gesetz wäre, und der Richter soll sich nicht darüber hinwegsetzen, vielmehr es in Schutz nehmen [3]). Bei allem dem mögte ich glauben, nur die Volksgewohnheit sey die eigentliche, wahre Gewohnheit, und der Gerichtsgebrauch, den auch schon die Sprache davon absondert, nur als etwas Aehnliches anzusehen, was jedoch dieselben Erfordernisse hat und dieselben Wirkungen hervorbringt.

Wenn nun einmal der Grundsatz angenommen ist, es könne bei Gericht eine Gewohnheit mit gesetzlicher Kraft entstehen, so kann dieß hier viel leichter und viel entschiedener geschehen, — nebenher viel leichter bewiesen werden, — als es außergerichtlich geschehen kann. Nicht nur ist hier mehr Gelegenheit, Rechtsgrundsätze anzuwenden und sie wiederholt anzuwenden, sondern die Handlungen eines Gerichts erscheinen, wenn alles ist, wie es seyn soll, als nothwendige, die, wenn dieselben Umstände wiederkehren, auf dieselbe Art zu wiederholen sind. Ein Gericht darf ja nicht handeln, wie es ihm gerade gefällt, heute so und morgen anders, sondern es muß sich bei seinem ganzen Verhalten nach festen Regeln richten, die auf jeden Fall dieser Art, wenn er sich erneuert, auf dieselbe Weise anwendbar sind. Daher muß immer das frühere

---

[3]) L. 1. L. 3. C. Quae sit longa consuet.

Verfahren zugleich ein Muster für das spätere abgeben können. Eine Veränderung im Verfahren kann nur durch eine Veränderung in den Ansichten gerechtfertigt werden. Wenn diese dieselben bleiben — und das sollten sie billig, weil sonst das Gericht gleich Anfangs gefehlt hat und sich jetzt bloßgeben muß, — so müssen sich — es kann nicht ausbleiben — jeden Augenblick Gewohnheiten bilden, die das fehlende Recht ergänzen, das vorhandene bestätigen oder, sey es auch nur de facto, verändern.

Es kann auch wohl geschehen, ja es wird der gewöhnliche Fall seyn, daß Beide, Gericht und Volk, bei Entstehung und Aufhebung von Rechtssätzen zusammen oder — sich einander entgegen wirken. Denn Beide kommen beständig mit einander in Berührung; Einzelne aus dem Volk suchen bei Gericht das Recht, Andere verweigern es; die Gerichte sind nicht von Amtswegen thätig, sondern die Maßregeln, die sie ergreifen, werden auf Begehren von Einzelnen und gegen Einzelne ergriffen, die sich ihnen unterwerfen oder mit oder ohne Erfolg widersetzen. Also kann es geschehen, daß Rechtssätze entstehen und verändert werden, ohne daß man sagen kann, wem sie vorzugsweise angehören. Bei vielen und wichtigen Rechtssätzen, von denen es im römischen Recht heißt, daß sie *moribus* eingeführt sind, läßt es sich nicht anders denken, als daß Gericht und Volk dabei zugleich thätig seyn mußten. Z. B. heißt es von der cura prodigi, sie sey ihrem ersten Ursprunge nach *moribus* eingeführt. Damit sie aber in Uebung kommen konnte, mußten doch Einzelne aus dem Volk gegen Einzelne beim Prätor darauf antragen, daß er dem Verschwender die Verwaltung seines Vermögens entzog und

eine Curatel anordne [4]) und dieser ihrem Verlangen Gehör geben. Eben so, wenn der Prätor eine Klage zu geben versprach, mußten doch Einzelne — und im Verlauf der Zeit Viele — hiervon gegen Einzelne und Viele Gebrauch machen. Ein solches Zusammenwirken kann keiner Rechtfertigung bedürfen, wenn ein gewisser Rechtssatz dadurch entsteht, da jede einzelne der beiden Mächte — wenn ich sie so nennen darf — die Wirkung auch für sich hervorbringen kann, die sie hier vereinigt hervorbringen. Wenn aber von Aufhebung geschriebener Gesetze die Rede ist, so kann die Mitwirkung des Gerichts, wie wir in der Folge sehen werden, wenigstens eine negative seyn, die sich durch Nichthindern äußert. Ob aber auch eine positive Statt finde, wird von der Frage abhängen, ob sich ein Gerichtsgebrauch gegen das Gesetz bilden könne. Diese Frage kann erst in der Folge erörtert werden, und da werde ich Gelegenheit haben, noch einmal auf den Gerichtsgebrauch überhaupt zurückzukommen.

## §. 8.

## Von der Kraft der Gewohnheit. Im Allgemeinen.

Die Gewohnheit ist dem Gesetz an die Seite zu stellen. Die Gewohnheit, heißt es im römischen Recht, ahmt das Gesetz nach [1]), sie wird wie ein Gesetz beobachtet [2]), sie vertritt die Stelle eines Gesetzes [3]). Es ist daher nichts

Selte-

[4]) *Cic.* de senectute cap. 7. *Paul.* rec. sent. lib. 3. tit. 4. §. 7. L. 1. D. de curator. furioso dand.

[1]) §. 9. J. de jure naturae et gent. L. 3. C. Quae sit longa consuet.

[2]) L. 32. D. de leg.

[3]) L. 3. C. Quae sit longa cons.

Seltenes, daß man beide in Gesellschaft bei einander findet; wenn des Gesetzes gedacht wird, wird auch zugleich der Gewohnheit gedacht; gewöhnlich geschieht freilich bloß des Gesetzes Erwähnung, welches von Beiden das Vorzüglichere ist und die Gewohnheit in sich schließt; es kommen indessen auch umgekehrt Fälle vor, wo statt des Gesetzes bloß der Gewohnheit erwähnt wird, weil sie allein hier, beim Mangel eines geschriebenen Gesetzes, die norma agendi an die Hand gibt.

Die Gewohnheit, welche die Natur eines Gesetzes hat, hat auch die Kraft eines solchen. Die Kraft eines Gesetzes äußert sich im Gebieten und Verbieten, im Erlauben und in Anordnung von Strafen [4]). Nicht anders ist es bei der Gewohnheit. Ihrem Inhalt nach kann sie, gleichwie das Gesetz, seyn entweder erlaubend oder zwingend, gebietend oder verbietend. Beispiele von allen kommen im römischen Recht vor [5]). Es können dadurch Strafen gesetzt und Arten von Strafen eingeführt werden. Auch davon kommen im römischen Recht Beispiele vor [6]). Ueberhaupt gibt es hier keine Schranken. Vielmehr ist anzunehmen, was nur irgend der Inhalt eines Gesetzes seyn kann, das kann auch der Inhalt einer Gewohnheit seyn. —

Jedes Gesetz hat ein Gebiet; innerhalb desselben bewegt es sich, gilt es und gehorcht man ihm; über die Gränzen hinaus, verliert es seine Kraft. Eben so ist es

[4]) *L. 7. D. de leg.* Legis virtus haec est: imperare, vetare, permittere, punire.

[5]) L. 12. §. 2. D. de judiciis. L. 32. §. 6. D. de adm. et per. tut. L. 8. D. de ritu nupt. L. 39. D. eod. L. 1. D. de donat. inter virum et ux.

[6]) L. 9. D. Ad Legem Pomp. de parricidis.

mit der Gewohnheit. Die Kraft der Gewohnheit reicht, soweit ihr Gebiet reicht. Daher gilt die Gewohnheit, die nicht für das ganze Land eingeführt ist, nur für diese Provinz, diesen Ort u. s. w. und wenn z. B. in einer Stadt eine Gewohnheit herrscht, ist sie doch für Personen nicht verbindlich und auf Grundstücke nicht anwendbar, die von den Gesetzen und der Gerichtsbarkeit der Stadt ausgenommen sind, es müßte denn bewiesen werden können, daß die Gewohnheit namentlich in Ansehung ihrer eingeführt sey [7]). —

Ein Gesetz, was nicht gebietet oder verbietet, läßt der Willkühr der Privatpersonen freien Spielraum. Dasselbe gilt von der Gewohnheit, von einer Gewohnheit dieser Art. Sie nimmt den Privatpersonen die Freiheit nicht, andere Einrichtungen zu treffen. Was ein Gesetz dieser Art nicht gehindert haben würde, hindert auch die Gewohnheit nicht. Fehlt es an dergleichen rechtsbeständigen Einrichtungen, dann behauptet die Gewohnheit wieder ihre Kraft, wie das Gesetz sie behauptet haben würde [8]). —

Gleichwie das geschriebene Gesetz dem geschriebenen, also kann ohne Zweifel auch die Gewohnheit dem Gesetz, es kann auch die eine Gewohnheit der andern, die neuere der ältern, etwas hinzufügen; gleichwie auch die eine zur Erklärung einer andern zweifelhaften, namentlich die allgemeine zur Erklärung der besonderen, die in der Nachbarschaft herrschende zur Erklärung der einheimischen, oder die eine zur Bestätigung der andern dienen kann. —

Spricht ein Richter ein Urtheil, was gegen ein klares

---

7) *Mev.* P. 2. dec. 30.

8) Pütters Beiträge z. Staats- und Fürstenrecht, 2. Thl., Nr. 21. S. 15.

9) *Mev.* P. 2. dec. 251.

Gesetz verstößt, ein solches Urtheil ist ungültig und es bedarf dagegen nicht der Anwendung eines Rechtsmittels. Auch hierin ist die Gewohnheit dem Gesetz gleich. Denn ganz dasselbe gilt, wenn das Urtheil nicht gegen das Gesetz, sondern gegen die Gewohnheit gesprochen ist [9]). —

Die Gewohnheit führt neue Rechtssätze ein, sie bestätigt und befestigt die vorhandenen [10]); sie legt Gesetze aus; sie schafft sie ab. Mit Ausnahme der bloßen Bestätigung, worüber nichts weiter zu bemerken ist, wollen wir die übrigen drei Arten, wie die Kraft der Gewohnheit sich äußert, wovon die letzte bestritten ist, näher erörtern.

## §. 9.

## 1. Ergänzung mangelhafter Gesetzgebung. Analogie beim Gewohnheitsrecht.

Ohne Zweifel gehört zu den Wirkungen der Gewohnheit, daß dadurch neue Rechtsnormen eingeführt werden können und zwar solche, wodurch Lücken ausgefüllt, die Mängel der Gesetzgebung ergänzt werden. Wo es an geschriebenen Gesetzen fehlt, gilt, was durch Gewohnheit eingeführt ist [1]). Die eigentliche Sphäre des Gewohnheitsrechts ist also das Feld, was das Gesetz ihr übrig gelassen hat. Es ist m. a. W. eine Rangordnung zwischen beiden; zuerst kommt das Gesetz, dann die Gewohnheit.

---

[9]) *Mev.* P. 2. dec. 268. *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 43. S. auch den 3. Theil dieses Werks. S. 146 folg.

[10]) L. 40. D. de leg.

[1]) L. 32. pr. L. 33 D. de leg.

Wenn dieß richtig ist, wie sich in der Folge bestätigen wird, so könnte die Frage entstehen, wenn ein Fall vorkäme, welcher in dem Umfange eines geschriebenen Gesetzes nicht enthalten, jedoch dem darunter begriffenen Fall ähnlich wäre, es wäre aber ein Gewohnheitsrecht vorhanden, was für jenen im Gesetz nicht enthaltenen Fall eine Bestimmung enthielte, was dann den Vorzug habe, die analogische Anwendung des geschriebenen Gesetzes oder das Gewohnheitsrecht? Auf der einen Seite schreiben die Gesetze dem Richter vor, ein Gesetz auf darunter nicht begriffene, jedoch ähnliche Fälle anzuwenden, und man kann es so ansehen, als sey diese Anwendung dem Gesetz selbst gemäß, was auf solche Art angewandt wird [2]). Allein, auf der anderen Seite, ist die Anwendung eines Gesetzes auf ähnliche Fälle doch nur ein durch die Gesetze gebilligter Nothbehelf. Jene Vorschrift gilt nur in subsidium, nämlich, wenn es für diesen Fall an einem eigenen Gesetz fehlt. Es können nämlich die Gesetze nicht auf alle mögliche Fälle, die etwa vorkommen können, Bedacht nehmen. Kömmt nun so ein Fall vor, der in dem Umfange eines Gesetzes nicht enthalten ist, so war es natürlich, daß zur Abhelfung dieses Mangels der Richter auf diejenigen Gesetze hingewiesen ward, welche von ähnlichen Fällen handeln [3]). Es fehlt aber an einem eigenen Gesetz nicht, wenn ein Ge-

---

[2]) *L.* 26. *D. de leg.* Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur. *L.* 27. *D. eod.* Ideo, quia antiquiores leges ad posteriores trahi usitatum est, et semper *quasi* hoc legibus inesse credi oportet, ut ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent, quae quandoque similes erunt.

[3]) L. 10. 11. 12. 13. D. de leg.

wohnheitsrecht vorhanden ist, welches für Fälle dieser Art eine Bestimmung enthält.

Indem die aufgeworfene Frage zum Vortheil des Gewohnheitsrechts zu entscheiden ist, gibt dieß zugleich Gelegenheit, die Bemerkung zu machen, daß nicht bloß bei geschriebenen Gesetzen eine Entscheidung nach der Analogie Statt finde, sondern das Gewohnheitsrecht ihnen auch darin gleich komme, daß es auf ähnliche Fälle auszudehnen ist [4]), versteht sich auf solche, die das Gesetz und auch das Gewohnheitsrecht unbestimmt gelassen hat.

## §. 10.

### Fortsetzung.

### 2. Die Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze.

Daß die Gewohnheit die Kraft habe, einem dunkeln geschriebenen Gesetz einen bestimmten Sinn zu geben, lehrt das römische Recht zu deutlich, als daß daran gezweifelt werden könnte [5]). Es ist dieß aber ein Satz, der uns nur deshalb nicht auffällt, weil wir so sehr daran gewöhnt sind. Unbekannt mit dem römischen Recht, würde wohl schwerlich ein Gesetzgeber, geschweige denn ein Rechtsgelehrter, darauf verfallen, dem bloßen Gebrauch die Kraft beizulegen, den Sinn eines Gesetzes zu bestimmen. Auf den ersten Anblick wenigstens scheint die Auslegung geschrie-

---

[4]) *L. 32. pr. D. de leg.* De quibus causis scriptis legibus non utimur, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est: et si qua in re hoc deficeret, tunc quod proximum et consequens ei est; si nec id quidem appareat, tunc jus, quo urbs Roma utitur, servari oportet. *Anton Faber* ad h. t. (Rationalia tom. I. p. 43.)

[5]) L. 37. 38. D. de leg.

bener Gesetze durch ungeschriebenes Recht eine seltsame Unregelmäßigkeit des römischen Rechts zu seyn.

Ein Gesetz authentisch interpretiren kann nur derjenige, der es gab. Er nur kann sagen, er nur mit Sicherheit wissen, was er durch die Worte, deren er sich bediente, ausdrücken wollte. Daraus folgt nun, ein geschriebenes Gesetz kann nur durch ein geschriebenes Gesetz interpretirt werden, sonst fällt Idendität des Subjects, mithin interpretatio authentica weg.

Ein Gesetz auslegen kann zwar auch der Rechtsgelehrte, nach den Regeln der Kunst. Hier aber handelt es sich nicht von einer, nach den Regeln der Kunst zu veranstaltenden Auslegung, die dann auch einer Prüfung unterliegen und besserer Erkenntniß weichen müßte, sondern von einer solchen, deren Gültigkeit bloß darauf beruht, daß sie gebräuchlich und die daher auch keiner Verbesserung fähig ist. Darf das Volk ein Gesetz auslegen, was der Regent gab, ohne dabei an Regeln gebunden zu seyn, so ist es ja in die Macht des Volks gegeben, den wahren Sinn des Gesetzes, mithin das Gesetz selbst, bei Seite zu setzen. Es entsteht eine Zwittergattung von Interpretation, wobei man in Verlegenheit ist, wohin man sie bringen soll, da sie zur authentischen Interpretation nicht gehört, deren Natur und Kraft sie sich gleichwohl anmaßt, und auf der anderen Seite die wissenschaftliche sie für ihre Schwester nicht anerkennen will, so daß sie genöthigt ist, sich zwischen beide gewaltsam einzudrängen. Nur insofern kann Usualinterpretation von Werth seyn, als sie mit dem Gesetz von gleichem Alter ist, wenigstens aus einer Zeit herrührt, von welcher glaublich ist, daß man den Sinn des Gesetzes besser, als jetzt, kennen konnte. Dann wäre sie aber nicht sowohl

von Werth, weil sie die gewöhnliche ist oder auf Gewohnheit beruht, als wegen der Zeit, worin sie gemacht ward und der daher entspringenden Wahrscheinlichkeit besserer Erkenntniß. Auch davon abgesehen, kann es rathsam seyn, die gewöhnliche Auslegung nicht zu verlassen, wenn man nicht eine offenbar bessere an deren Stelle setzen kann, damit das Recht zum großen Nachtheil des Staats nicht unsicher und schwankend sey [6]) Aber man muß ihr doch nicht gerade Gesetzeskraft beilegen, wodurch, obwohl die Zeit die Mängel derselben nicht heilen kann, auch eine unvernünftige und offenbar verwerfliche Auslegung in Schutz genommen wird.

Freilich, wenn der Regent der Usualinterpretation seine Zustimmung gibt, wird sie dadurch zum Range einer authentischen erhoben; aber das kann doch nicht gerechtfertigt werden, wenn er ihr im Voraus und im Allgemeinen gesetzliches Ansehen gibt, und davon ist hier gerade die Rede; denn eine specielle Billigung dieser oder jener Auslegung ist von einem geschriebenen Gesetz so wenig, als die Gewohnheit überhaupt, zu unterscheiden. Indessen, wenn es einmal Grundsatz ist, der Gewohnheit die Kraft eines Gesetzes beizulegen, wenn sie sogar Gesetze aufheben kann, so ist es wenigstens consequent, ihr auch in Hinsicht auf Auslegung gesetzliches Ansehen mitzutheilen.

Aber es erhebt sich ein Zweifel! Ist es denn wahr, daß nach dem neuern römischen Recht die Gewohnheit noch

---

6) Omnis mutatio in republica periculosa est, ut dicebat Plato, sed legum periculosissima, quia sunt columnae et fulcra reipublicae, bemerkt Anton Faber zu seiner Stelle (Rationalia in Pand. tom. I. p. 40).

die Kraft hat, Gesetze auszulegen, so daß diese Auslegung gesetzliches Ansehen hat? Daran könnte einigermaßen gezweifelt werden. Ich will mich nicht bei einem Rescript der Kaiser Valentinian und Martian aufhalten, welches im Codex aufbewahrt ist [7]). Es würde den Einwand zulassen: Unius positio non est alterius exclusio. Aber es gibt ein anderes, von Justinian herrührendes, vom Jahr 529, was durch seinen Inhalt jenen Einwand auszuschließen scheint. Hier handelt Justinian von der Auslegung der Gesetze, die durch den Regenten geschieht, und läßt sich darüber L. 12. §. 1. Cod. de legibus folgendermaßen vernehmen: Cum igitur et hoc in veteribus legibus invenimus dubitatum, si Imperialis sensus legem interpretatus est, an oporteat hujusmodi regiam interpretationem obtinere: eorum quidem vanam subtilitatem tam risimus, quam corrigendam esse censuimus. Definimus autem, omnem Imperatorum legum interpretationem, sive in precibus, sive in judiciis, sive alio quocunque modo factam, ratam et indubitatam haberi. Si enim in praesenti leges condere soli Imperatori concessum est, et leges interpretari solo dignum imperio esse oportet: Cur autem ex suggestionibus procerum, si dubitatio in litibus oriatur, et sese non esse idoneos vel sufficientes ad decisionem litis illi existiment, ad

---

7) *L. 9. C. de leg.* Leges sacratissimae, quae constringunt hominum vitas, intelligi ab omnibus debent, ut universi praescripto earum manifestius cognito, vel inhibita declinent, vel permissa sectentur. Si quid vero in iisdem legibus latum fortassis obscurius fuerit, oportet id ab imperatoria interpretatione patefieri, duritiamque legum nostrae humanitati incongruam emendari.

nos decurratur? et quare omnes ambiguitates judicum, quas ex legibus oriri evenit, aures accipiunt nostrae, si non a nobis interpretatio mera procedit? vel quis legum aenigmata solvere, et omnibus aperire idoneus esse videbitur, nisi is, cui soli legislatorem esse concessum est? Explosis itaque his ridiculosis ambiguitatibus, tam conditor, quam interpres legum, solus Imperator juste existimabitur: nihil hac lege derogante veteris juris conditoribus: quia et eis hoc majestas Imperialis permisit.

Sagt hier nicht Justinian ausdrücklich, nur der Regent allein kann gegenwärtig noch Gesetze geben, und ihm allein steht es zu, sie auszulegen? Wird dadurch nicht die Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze, ausgeschlossen? Und kann die Lehre der Pandecten mit diesem Ausspruch des Codex bestehen, muß sie nicht vielmehr als veraltetes Recht dem neuern Gesetz weichen? Besonders scheint das Princip, woraus der Satz, dem Regenten allein stehe das Recht der Auslegung zu, als Folgerung geflossen ist, nämlich, daß dem Regenten jetzt nur allein die Macht zustehe, Gesetze zu geben, mit der Fortdauer der Gewohnheit, als Auslegerinn der Gesetze mit gesetzlichem Ansehen, fernerhin nicht verträglich zu seyn. Vergebens würde man einwenden, die Stelle des Codex würde zuviel beweisen, weil, wenn dem Regenten allein die Macht der Auslegung zusteht, auch der Rechtsgelehrte und Richter nicht berechtigt seyn würde, die Gesetze auszulegen. Denn es versteht sich, daß Justinian nur von einer solchen Auslegung spricht, die durch sich selbst gilt, keinen Zweifel übrig läßt und auch für die Zukunft zur Norm dient, wie auch der Zusammenhang der ganzen Stelle deutlich genug ergibt.

Indessen, bei allem dem glaube ich doch nicht gerade, es sey des Kaisers Meinung gewesen, der Gewohnheit in Hinsicht auf die Auslegung das gesetzliche Ansehen zu nehmen. Die dem Regenten mit Ausschließung jeder anderen Autorität beigelegte Macht der Auslegung ist nicht auf das Volk und nicht auf die Gewohnheit zu beziehen, sondern unter der ausgeschlossenen Auctorität irgend eine andere (untergeordnete) obrigkeitliche Behörde zu verstehen, deren Auslegung wenigstens an und für sich mit derjenigen des Herrschers nicht von gleicher Kraft ist. Daß der Kaiser die Gewohnheit von der Auslegung nicht ausschließen wollte, wird schon dadurch wahrscheinlich, daß sein Gesetz älter ist, als die Abfassung der Pandecten, und selbst, wenn seine Ausdrücke von der Art wären, daß sie unter anderen Umständen jede Auslegung mit gesetzlichem Ansehen, die nicht vom Gesetzgeber selbst herrührt, ausschließen würden, müssen sie doch nun, weil es möglich ist, die widerstreitenden Stellen durch Einschränkung zu vereinigen, mit Ausnahme des Gewohnheitsrechts verstanden werden, als welches der nothwendige Zusammenhang der Gesetzgebung so mit sich bringt.

## Zusatz.

Die auffallende Erscheinung, daß die Gewohnheit den Sinn des Gesetzes maßgebend bestimmt, beruht allerdings auf dem Grundsatz, daß die Gewohnheit überhaupt gesetzliche Kraft hat. Die Gewohnheit kann ein Gesetz geben, sie kann folglich das gegebene auslegen; das geschriebene hätte dieß auch gekonnt. Indem die Gewohnheit das Gesetz in einem bestimmten Sinn befolgt, legt sie dem Gesetz diesen Sinn bei; diese Auslegung hat dieselbe Kraft, als wenn ein geschriebenes Gesetz erklärt hätte, so soll das Ge-

setz verstanden werden. Kurz, das allgemeine Princip der Aufrechthaltung des Gewohnten spricht auch für die Beibehaltung der gewohnten Auslegung.

Eine interpretatio authentica ist die usualis freilich nicht, da sie nicht vom Gesetzgeber selbst herrührt. Indessen kömmt es hier auch nicht darauf an, von wem die Auslegung herrührt, sondern welche Kraft sie hat; wenigstens, wenn das Erstere in Betrachtung kommt, ist es nur in Hinsicht auf das Letztere. Darin kommt die interpretatio usualis mit der authentica überein, daß auch sie eine gesetzliche und von der Auslegung des Richters und des Rechtsgelehrten, die ihre Stärke von den Gründen erborgen muß, worauf sie beruht, deren Richtigkeit von einem anderen Richter und einem anderen Rechtsgelehrten geprüft und immer aufs Neue in Zweifel gezogen werden kann, sehr verschieden ist. Da die Gewohnheit gesetzliche Kraft hat, so ist eine Auslegung, die auf Gewohnheit beruht, anzusehen als eine von der gesetzgebenden Gewalt ausgegangene oder doch ihr gleichzuachtende; sie muß daher der interpretatio authentica an die Seite gesetzt werden. Der Gebrauch übernahm hier, mit Zulassung des Gesetzgebers, das Amt desselben. Sonderbar bleibt es indessen immer, daß hier die Function des Gesetzgebers, wenn ich mich so ausdrücken darf, zerspaltet ist, daß Einer das Gesetz gibt und der Andere sagen oder vielmehr maßgebend bestimmen darf, so ist es zu verstehen; daß die Gewohnheit aus ihrer Bahn treten und in das Gebiet des geschriebenen Gesetzes hinüberschweifen kann.

Die Kraft, den Sinn eines Gesetzes, an dessen Entstehung sie doch keinen Theil genommen hat, maßgebend zu bestimmen, kömmt der Gewohnheit auch noch im neue-

sten römischen Recht zu. Die angeführte Verordnung Justinian's steht nicht entgegen.

Der Kaiser will sagen, daß ihm, dem das Recht zustehe, Gesetze zu geben, auch das Recht der eigentlichen authentischen Interpretation zukomme, dergestalt, daß die von ihm ausgegangene als Gesetz anzusehen sey und an der Richtigkeit derselben kein Zweifel weiter Statt finde. Außer ihm könne keiner Auslegung irgend einer anderen Behörde eine solche Kraft beigelegt werden. Aber damit ist nicht gesagt, daß eine Auslegung, die auf Gewohnheit beruht, nicht die Kraft einer Gewohnheit und eines Gesetzes haben sollte. Nur die Auslegung des Richters u. s. w., die Auslegung an und für sich, die nackte Auslegung hat diese Kraft nicht, die derjenigen zukömmt, welche von der majestas imperialis ausgegangen ist.

Wenn derjenige ein Gesetz auslegt, der die Macht hat, es zu gründen, so nimmt die Auslegung von dem Urheber eine Kraft an, die ihr an sich nicht zukommen würde. Die Auslegung ist in diesem Fall keine Auslegung, wenigstens keine gewöhnliche; sie ist im Munde des Gesetzgebers keine Aeußerung des Verstandes, der den Sinn eines Gesetzes nach Gründen der Wahrscheinlichkeit entwickelt und ihn mehr vermuthet, als bestimmt, sondern vielmehr eine Aeußerung des Willens, der früher unvollkommen an den Tag gelegt ward und jetzt vollkommener erklärt wird.

Was nun von der Auslegung des Gesetzgebers gesagt ist, muß nach dem System des römischen Rechts auch von der Gewohnheit gelten, weil auch diese die Kraft eines Gesetzes, besonders auch beim Auslegen hat, wiewohl von ihr in diesem Augenblick nicht die Rede war.

Darin kommt die Auslegung, die auf Gewohnheit be-

ruht, mit der wissenschaftlichen überein, daß sie mehr wirkliche Auslegung und bei ihr ein Irrthum an sich möglich ist. Sie, eine interpretatio heterothentica, unternimmt es, (durch die That) den Sinn anzugeben oder zu vermuthen, den ein Anderer mit seinen Worten verband; es ist sehr natürlich, daß dabei ein Fehlgriff Statt finden kann. Da sie aber zugleich Auslegung mit gesetzlicher Kraft ist, so scheint es, daß es nicht weiter in Frage kommen könne, ob Irrthum dabei zum Grunde liegt oder nicht. Wahr oder falsch, genug, man hat das Gesetz einmal so ausgelegt und es ist zur Gewohnheit geworden, das Gesetz so auszulegen.

Allein, es gilt ja der Grundsatz, wenn die Gewohnheit auf Irrthum beruht, entzieht der Irrthum ihr die gesetzliche Kraft. Und dieser Grundsatz bezieht sich gerade auf die auslegende Gewohnheit. Wenn also die Auslegung unrichtig war, muß sie nicht der besseren Erkenntniß, der Irrthum der Wahrheit weichen?

Sehr natürlich wird man dann aber fragen, wenn eine Auslegung gesetzliche Kraft hat, was kann ihr dann eine andere Auslegung schaden? Eine Gewohnheit könnte wohl durch eine Gewohnheit oder durch ein geschriebenes Gesetz, aber wie kann sie durch eine Auslegung aufgehoben werden? Wird die gesetzliche Kraft nicht dadurch vernichtet? Wenn die Auslegung richtig ist, so bedarf sie der gesetzlichen Kraft nicht; sie kann sich durch ihre innere Stärke aufrecht erhalten. Ist sie unrichtig oder wird sie auch nur dafür angesehen, so stürzt sie, ungeachtet der gesetzlichen Kraft, über den Haufen. Wozu dient ihr also die gesetzliche Kraft? Man muß der auslegenden Gewohnheit entweder die gesetzliche Kraft oder den Irrthum neh-

men. Da das römische Recht Beides neben einander bestehen läßt, so wird uns wohl nichts übrig bleiben, als der auslegenden Gewohnheit die gesetzliche Kraft beizulegen, insoferne sie nicht auf Irrthum beruht.

Allein damit ist die Sache immer nicht aufs Reine gebracht und das römische Recht nicht von dem Vorwurf befreit, widersprechende Bestimmungen zu enthalten. Es bietet sich ein Ausweg dar und zwar folgender:

Die Meinung des römischen Rechts ging dahin nicht, daß die zur Gewohnheit gewordene Auslegung eines dunkeln Gesetzes geprüft werden könne und, wenn eine andere uns besser gefällt, sie dieser anderen weichen müsse; die neue Auslegung kann ja so gut, wie die alte, unrichtig seyn, wenn auch in diesem Augenblick das Uebergewicht der Gründe für die neue zu sprechen scheint, was vielleicht bloß daher rührt, daß es der alten an einem geschickten Vertheidiger fehlt. Wie oft geschieht es nicht, daß eine gute Auslegung durch eine minder gute verdrängt, eine verworfene in der Folge wieder hervorgesucht wird, wohl gar eine verspottete im Verlauf der Zeit wieder zu Ehren kömmt? Einem solchen Wechsel der Meinungen setzt, indem sie einen festen Rechtssatz begründet, die Gewohnheit ein Ziel. Der Irrthum kömmt hier zwar allerdings, doch nur insoferne in Betrachtung, als die Frage entsteht, ob der Sinn eines Gesetzes überhaupt zweifelhaft war. War das Gesetz klar und deutlich, so muß das wahre Gesetz den Vorzug vor dem falsch verstandenen behaupten. Das Volk wollte in diesem Fall kein Gesetz geben, noch ein geschriebenes Gesetz aufheben, sondern ein vermeintlich vorhandenes befolgen. Die gesetzliche Kraft kömmt der auslegenden Gewohnheit nicht ohne Einschränkung zu. Nur wenn das

Gesetz wirklich dunkel war, es mithin wirklich einer Auslegung bedurfte, gilt die Auslegung, die auf Gewohnheit beruht, und hat gesetzliche Kraft; *in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem vim legis obtinere debere*, schrieb *Imperator noster Severus*, nach Callistratus [1]); und in Folge dessen kann es gar nicht weiter in Frage kommen, ob dieß der wahre Sinn des Gesetzes gewesen ist. Genug, daß diese Auslegung einmal angenommen und der dadurch entstandene Rechtssatz zur Gewohnheit geworden ist. Minime sunt mutanda, lehrt ja Paulus, quae interpretationem certam semper habuerunt [2]). Wie könnte diese Lehre mit der Veränderlichkeit einer Auslegung bestehen, die als eine gesetzliche anzusehen ist?

Die gesetzliche Kraft würde also der Gewohnheit auch beim Auslegen nicht bloß dem Namen nach zukommen; sie würde voraussetzen, daß der Sinn des Gesetzes zweifelhaft war, nicht aber, daß sie selbst richtig sey, — dann würde sie der gesetzlichen Kraft nicht bedürfen; — es würde also die Gewohnheit nicht wieder umgestoßen werden können, weil man behauptete, der Sinn des Gesetzes sey ein anderer. Nicht, wenn das dunkle Gesetz überhaupt unrichtig ausgelegt ward, sondern, wenn der Sinn des Gesetzes nicht zweifelhaft war, die Gewohnheit ursprünglich auf einem bloßen Mißverständniß Einzelner — error — beruhte, welches sich fortgepflanzt hat, ist Gewohnheit — keine Gewohnheit, keine Gewohnheit mit gesetzlicher Kraft.

---

1) L. 38. D. de leg. | 2) L. 23. D. de leg.

## §. 11.

## Fortsetzung.

### 3. Kraft der Gewohnheit, Gesetze aufzuheben.

Ob durch eine Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz abgeändert, oder gar ganz aufgehoben werden könne, das ist eine von den vielen Fragen in der Lehre von der Gewohnheit, worüber die Rechtsgelehrten heftig streiten. Wer sie von sich ablehnte, den würde der Vorwurf treffen, daß er gerade das Schwierigste von sich abgelehnt habe. Klötzer gehört zu denjenigen, welche die Frage verneinen; die meisten bejahen sie.

Wenn wir, bei Beantwortung der aufgeworfenen Frage, die positiven Gesetze einstweilen bei Seite setzen, so läßt es sich wohl hören, wenn ein Regent den Unterthanen erlaubt, gute Gewohnheiten, woran sie Gefallen finden, bei sich aufkommen zu lassen und dadurch die mangelhafte Gesetzgebung, wie die Erfahrung es räth, zu ergänzen. Aber Gewohnheiten, welche die Gesetze zu brechen sich anmaßen, können für keine gute Gewohnheiten gelten; sie sind es nicht in den Augen des Regenten, sie sind es an sich nicht, weil die Unterthanenpflicht dadurch verletzt wird.

Andere haben andere Gründe aufgestellt. Um der Gewohnheit die Kraft zu entziehen, Gesetze aufzuheben, hat man gesagt, der könne ein Gesetz nicht aufheben, der es nicht geben könne. Allein, dieß Argument würde zuviel beweisen. Mit eben dem Recht, als man sagen kann, das Volk könne durch Gewohnheit kein Gesetz aufheben, kann man sagen, es könne durch Gewohnheit ein solches nicht geben. Ist ihm durch das Gesetz selbst die Macht beigelegt, in Gewohnheiten Gesetze zu geben, so muß diese sich unter

allen

allen Gestalten und nach allen Richtungen zu erkennen gegeben. Die Macht, Gesetze aufzuheben, ist mit der Macht, sie zu geben, so enge verbunden, daß beide als Aeußerungen derselben Kraft anzusehen sind. Denn, was geschieht, wenn ein Gesetz aufgehoben wird? Es wird nicht bloß vernichtet, sondern auch geschaffen. Man kehrt zu dem alten Recht zurück oder es wird doch überhaupt ein veränderter Rechtszustand hervorgebracht. Es ist freilich etwas Außerordentliches und mehr, als man verlangen kann, wenn die höchste Gewalt dem Volk erlaubt, die Gesetze wieder aufzuheben, die sie ihm gegeben hat und sie hat selbst dann den größten Grund, der Gewohnheit die Kraft, Gesetze aufzuheben, nicht einzuräumen, wenn sie ihr auch die Kraft beigelegt hat, sie zu geben. Aber an sich gehören beide zusammen.

Wenn wir uns dann an die positiven Gesetze wenden, um Antwort auf unsere Frage zu vernehmen, so hören wir Stimmen, die sich zu widersprechen scheinen, wodurch arme Rechtsgelehrte Jahrhunderte hindurch von Zweifeln gequält, bald hierhin, bald dorthin irre geleitet wurden.

Habe ich die Gesetze richtig verstanden, so muß die aufgeworfene Frage — bejaht werden. Im römischen Recht deutet alles darauf hin, daß die Gewohnheit alles ist, was ein Gesetz ist und alles kann, was ein Gesetz kann. Je mehr ich mich mit dieser Materie beschäftigt habe, um so mehr habe ich mich überzeugt, daß durchaus keine Wirkung eines Gesetzes bei der Gewohnheit vermißt wird.

Die Rechtsgelehrten, welche, gleich mir, die aufgeworfene Frage bejahen, pflegen sich hier auf den allgemeinen Grundsatz zu berufen: Consuctudo legalis potestate pol-

let legis scriptae. In der That, es ist nicht zu läugnen, nach der Art, wie im römischen Recht von der Gewohnheit geredet wird, kömmt der Gewohnheit im Allgemeinen die Kraft eines Gesetzes zu. Die Gewohnheit ist dem Gesetz an die Seite zu stellen; sie ist eine dem (geschriebenen) Gesetz ähnliche Norm — *legem imitatur* — sie gilt, wie ein Gesetz; sie vertritt die Stelle eines solchen [1]). Diese Ausdrücke beweisen schon etwas. Im Grunde müßte hiernach der Gewohnheit, welcher im Allgemeinen die Kraft eines Gesetzes zukömmt, die Kraft, ein früheres Gesetz aufzuheben, entzogen seyn.

Dieß ist so wenig geschehen, daß sie ihr durch folgende Stelle des Julianus vielmehr ausdrücklich beigelegt ist.

> Rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur [2]).

Zwar ist schon häufig von denjenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft, Gesetze aufzuheben, absprachen, falls nicht der Regent seine Zustimmung dazu gegeben, besonders von Pufendorf [3]) bemerkt, mit diesem Ausspruch des Julianus beziehe es sich auf die frühere democratische Verfassung des römischen Staats. In einer Monarchie, wie der römische Staat später geworden sey, habe das Volk nicht die Macht, Gesetze aufzuheben. Aber, hat es denn die Macht, sie zu geben? Und wenn es sie

---

[1]) L. 32. §. 1. L. 33. D. de leg. L. 35. D. eod. L. 1. 2. 3. C. quae sit longa consuet.

[2]) L. 32. §. 1. D. de leg.

[3]) Obs. jur. un. tom. I. obs. 198. *Vinn.* ad §. 9. J. de jure naturae et gentium nr. 2.

nicht hat, so müßte ihm vor allen Dingen erst die Macht, durch Gewohnheiten Gesetze zu geben, genommen werden. Wenn das aber nicht geschieht, so ist es wenigstens folgerecht, wenn ihm neben der Macht, Gesetze zu geben, auch die, sie aufzuheben, eingeräumt wird. Auf allen Fall würde aus jenem Umstande ganz und gar nicht folgen, was jene daraus ableiten, daß der Satz selbst veraltet und nicht mehr anwendbar sey. Ja, er gilt allerdings; gilt, weil Justinian ihn als geltendes Recht in seine Gesetzsammlung aufnahm. Der Tadel, der daraus hervorgehen könnte, würde bloß den Gesetzgeber treffen, der einen Satz, welcher der republikanischen Verfassung angepaßt war, auf die Monarchie übertrug, aber die Gültigkeit des Satzes würde dadurch keineswegs aufgehoben werden. Indessen sind wir oben zu dem Resultat gelangt, daß die Aeußerung des Julianus, welche sich aus einer Zeit herschreibt, da die Verfassung des römischen Staats keine republikanische mehr war, auch einer solchen nicht und nicht einmal einer rein democratischen angemessen sey.

Aber freilich scheint mit der Lehre des Julianus eine bekannte Stelle des Codex in Widerspruch zu stehen und nach der Regel: Lex posterior derogat priori, sie zu überwinden. Consuetudinis, ususque longaevi non vilis auctoritas est: verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem [4]).

Die gewöhnlichen Versuche, beide Stellen zu vereinigen, beruhen auf leeren und unhaltbaren Hypothesen und werden daher billig übergangen. Nur soviel kann ich im

---

[4]) L. 2. C. quae sit longa cons.

Vorbeigehen doch nicht unterlassen, zu bemerken, daß der Nachdruck, den man auf die Worte: sui momento, zu legen geneigt ist, wenigstens an den Basiliken keine Stütze findet, woselbst nämlich diese Worte als unnütz weggelassen sind [5]).

Zwar, zu vereinigen sind beide Stellen, das glaube ich auch; aber das Mittel dazu ist ganz wo anders zu finden, als wo man es gewöhnlich sucht.

Die Basiliken fanden beide Stellen vereinbarlich. Sie nahmen beide Stellen unter denselben Titel auf. Zuerst kömmt die Lehre des Julianus, der hier jedoch nicht genannt wird; sondern Ulpianus wird als Gewährsmann aufgeführt. Es heißt nämlich *Lib. Bas. II. XLI.* 2: *Ὥςπερ ἡ θέσις τοῦ νόμου ἢ ἔγγραφος ἔστιν ἢ ἄγραφος, οὕτω καὶ ἡ ἀναίρεσις αὐτοῦ ἢ δι ἐγγράφου γίνεται νόμου ἢ δι ἀγγράφου, τοῦτ᾽ ἔστι τῆς ἀχρησίας* [6]).

---

[5]) *Basil. L. II.* 51. *Τῆς συνηθείας καὶ τῆς χρήσεως ἡ αυθεντία οὐκ ἐπὶ τοσοῦτον ἰσχύει, ὡς καὶ τὸν λογισμὸν καὶ τὸν νόμον ἐπερτικᾶν.* Consuetudinis ususque auctoritas tantum non valet, ut rationem vincat aut legem.

[6]) Sicut lex scripto vel sine scripto constituitur, ita vel lege scripta vel non scripta abrogatur, id est per desuetudinem. Bald hinterher folgt die in der vorigen Note angeführte andere Stelle. Anton Faber — Ad L. 32. D. de leg. (Ration. p. 43) — unterscheidet desuetudo und consuetudo legi contraria und glaubt, der Unterschied bestehe darin: zur consuetudo werde der tacitus consensus omnium erfordert; zur consuetudo hingegen nicht; daher könne die consuetudo legi contraria das Gesetz nicht aufheben, es sey denn, daß sie zugleich als desuetudo angesehen werden könne. Seine hieher gehörige Worte sind: — non potest quidem consuetudo vincere legem, sed desuetudo potest eam abrogare: quia cum tacitus ille consensus populi sit lex quaedam tacita, tantam vim habens, quantam expressa; consequens est, ut

## §. 12.

## Fortsetzung der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben. Erklärung der L. 2. C. quae sit longa consuet.

Verwerfen müssen wir die Erklärung des Anton Faber, wornach die Stelle des Codex von einer Gewohnheit sprechen würde, die noch nicht Gesetzeskraft erlangt hat; so

---

quemadmodum per posteriorem legem expressam prior possit abrogari, ita et possit per desuetudinem, quasi per quandam legem tacitam. Itaque plus potest desuetudo ad legem abrogandam, quam consuetudo legi contraria, si praesupponas desuetudinem nullam esse, quomodo fieri facile potest, ut lex vigeat et consuetudo aliqua contra legem inducatur. Desuetudo enim requirit tacitum consensum totius populi, ut lex ait, consuetudo vero non item: nisi ea, quae vim legis habeat. Denique potest vincere legem ea demum consuetudo, quae desuetudinem admixtam habeat, quod tamen cum fit, non tam consuetudo, quam desuetudo illa est, quae vincit et abrogat legem. Ich sehe indessen keinen zureichenden Grund, weshalb anzunehmen, die Gewohnheit, wodurch ein Gesetz aufgehoben wird, erfordere mehr, als nöthig ist, ein solches einzuführen. Auch nimmt Anton Faber seine Behauptung dadurch zurück, daß er diejenige consuetudo (constitutiva) ausnimmt, welche vim legis haben soll. Seine Meinung scheint also im Grunde dahin zu gehen, die consuetudo legi contraria gelte nur dann nicht, wenn sie nicht die Erfordernisse einer gesetzlichen consuetudo an sich trägt. — Nach den zuletzt angeführten Worten der Basiliken heißt es daselbst weiter: ἡ μακρὰ συνήθεια ἀντὶ νόμου κρατεῖ, ἐν οἷς οὐκ ἔγγραφος. — Diuturna consuetudo pro lege observatur, in quibus lex scripta deficit. Zu den Worten: Diuturna consuetudo pro lege observatur, gehört folgendes Scholion. Hoc intellige si consuetudo, quae obtinuit, non sit juri contraria.

Enantiophan. Noli existimare hoc adversari ei, quod dicitur in fine capitis praecedentis; ibi enim de desuetudine loquens ait, con-

verstand sie auch Cujas [1]); denn dieser Erklärung steht zweierlei entgegen, einmal würde die Stelle dann nichts enthalten, was sich nicht schon von selbst verstanden hätte, und besonders zweitens könnte einer Gewohnheit, welche die gesetzlichen Erfordernisse noch nicht hat, überall keine auctoritas, und also auch keine auctoritas non vilis, beigelegt werden. Wenigstens würde doch der Kaiser, wenn es seine Meinung gewesen wäre, die gemeine Gewohnheit von der gesetzlichen zu unterscheiden, auf irgend eine Art zu erkennen gegeben haben, wie es seine Meinung nicht sey, beide auf gleichem Fuß zu behandeln; er würde, indem er bloß der gemeinen Gewohnheit die gesetzliche Kraft entzog, der gesetzlichen, die sonst immer gemeint wird, wenn von Gewohnheit die Rede ist, die ihrige vorbehalten haben.

Verwerfen müssen wir ferner die Erklärung, wornach die anstößige Stelle von einer Gewohnheit handeln würde, die sich gegen ein gebietendes oder verbietendes Gesetz auflehnt, kein solches, was der Privatwillkühr freien Spielraum läßt; so erklärt sie Hofacker [2]). Zwar, die Zusammenstellung von lex und ratio, von denen gesagt wird, daß die Gewohnheit sie nicht überwinden könne, würde dieser Erklärung das Wort reden; allein, wenn einmal der Volks-

---

suetudinem jus novum non inducere, si lex proferatur: Nam fieri quidem potest, ut per desuetudinem jure scripto non utamur, non etiam, ut consuetudine contra legem utamur. Nota igitur hoc, quod scitu dignum sit et frequens. Was der Scholiast eigentlich sagen will, ist undeutlich und vermehrt die Ungewißheit. Indessen scheint es fast, als ob Anton Faber's Meinung dadurch einigermaaßen bestätigt würde.

1) Paratitla h. t.

2) Principia jur. civ. §. 126.

wille mächtig genug ist, ein Gesetz aufheben zu können, so sehe ich nicht, wie die Art des Gesetzes einen Unterschied begründen kann. Wenigstens wäre es sehr inconsequent, wenn die Gewohnheit nur diese oder jene Art von Gesetzen aufheben könnte, da doch der Volkswille, worauf alles ankömmt, immer derselbe ist.

Mit allem dem wissen wir noch immer nichts mehr, als, was der Sinn der Stelle nicht ist. Wie ist sie denn nun zu verstehen, die Stelle des Codex? Ich denke, der Sinn der Stelle liegt ganz nahe. Halten wir uns doch bloß an die Worte des Kaisers und nehmen wir uns davor in Acht, sie mit der Aufhebung von Gesetzen in Verbindung zu bringen. Der Kaiser sagt: eine Gewohnheit überwindet das Gesetz nicht. Dieß Ueberwinden setzt einen Kampf voraus. Also m. a. W. sagt der Kaiser: Wenn Gesetz und Gewohnheit gegen einander in Kampf treten, dann trägt das Gesetz über die Gewohnheit den Sieg davon. Nicht, als könnte die Gewohnheit ein Gesetz nicht aufheben, das kann sie allerdings, wenn sie darauf gerichtet oder Entwöhnung (desuetudo) ist, eben so wie auch das Gesetz die Gewohnheit aufheben kann. Allein, es läßt sich denken, daß Gesetz und Gewohnheit mit einander in Collision kommen, wo nicht die Rede davon ist, daß eines das andere aufheben, sondern welches von Beiden in der Anwendung auf den vorliegenden Fall einander ausschließen soll. In einem solchen Fall hat das Gesetz den Vorzug vor der Gewohnheit.

Bestätigt wird diese Erklärung durch den Ausspruch des Ulpianus: Diuturna consuetudo pro jure et lege in his, quae non ex scripto descendunt, observari solet [3]). Be-

---

[3]) L. 33. D. de leg.

sonders aber dadurch, daß Julianus, welcher gerade der desuetudo die Kraft beilegt, Gesetze aufzuheben, damit anfängt, daß er lehrt: *De quibus causis scriptis legibus non utimur*, id custodiri oportet, quod moribus et consuetudine inductum est [4]).

Der Collisionsfall kann namentlich vorkommen, wenn Gesetz und Gewohnheit vorhanden sind, die den vorliegenden Fall nicht geradezu entscheiden, und dann die Frage entsteht, ob er nach der Analogie des Gesetzes oder der Gewohnheit zu entscheiden sey [5]).

## Zusatz.

Daß die L. 2. C. quae sit longa consuet. mit der Pandectenstelle vereinbarlich sey, wenn man auch die hier

---

4) L. 32. D. eod.

5) Da ich mich eben mit dieser Materie beschäftigte, stieß ich zufällig auf eine Stelle eines alten vergessenen Schriftstellers, die mir den Muth stärkte, diese Erklärung zu wagen, nämlich auf folgende Stelle des Stephanus Forcatulus (Necyomantia jurisperiti sive de occulta Jurisprudentia, Dialog. 1. nr. 25.): Quae habetur in L. 2. C. quae sit longa consuet. prima facie mihi suspecta fuit. Cum consuetudo, ut posterior, sic lege potior esse debeat. Quare sic libet d. L. 2. C. quae sit longa cons. interpretari: ut quoties emergit factum recens, de quo lex scripta non est, neque item consuetudo servata, tunc procul dubio a simili judicandum est; quodsi ad tale negotium decidendum lex scripta et consuetudo pugnare inter se videntur, tunc potius sequemur legis exemplum, quam consuetudinis. Hoc aperte probatur in l. quod non ratione ff. de legibus, quia lex, quae fit consilio virorum prudentum, l. j. ff. de leg. in dubiis praesumitur aequior more, qui fulcitur tantum incerto usu multitudinis; facit l. de quibus versic. et si qua ff. eod.

gegebene Erklärung nicht annehmen wollte, dieß, dünkt mich, kann nicht den geringsten Zweifel leiden. Seit ich diese Abhandlung geschrieben habe, bin ich bei mehreren anderen Schriftstellern theils auf ähnliche Ideen, theils auf solche gestoßen, wodurch die Stelle des Codex mit der Pandectenstelle sich gleichfalls sehr wohl in Einklang bringen läßt. Ueberhaupt fanden Rechtsgelehrte vom ersten Range, Rechtsgelehrte aus allem Volk, was nach römischem Recht lebt oder lebte, aus Niederland, aus Wälschland, aus Frankreich und aus Deutschland beide Stellen mit einander vereinbarlich.

Gregorius Lopez (*de Madera*) nimmt an, der Sinn der Stelle im Codex sey, daß beide, das Gesetz und die Gewohnheit, gleiche Kraft haben, keines vorzüglicher wie das andere sey. Merito ergo dicitur, consuetudinem non vincere legem in vigore nempe et vi; neque legem consuetudinem. Diese Vereinigung habe auch schon Duaren [6]) dunkel angedeutet [7]).

Mit Contius unterscheidet Perez: *legem vincere* und *legem abrogare*. Allerdings könne Gewohnheit ein Gesetz aufheben, aber sie könne die Macht des Gesetzgebers nicht schwächen, daß er nicht durch ein neues Gesetz die Gewohnheit sollte abschaffen oder verbessern können; dieß nur wölle das *Legem vincere* sagen [8]).

Mevius [9]) bemerkt, das Gesetz, das geschriebene, müsse mehr gelten, als die Gewohnheit, so lange beide

---

6) Disputat. anniversar. cap. 32.

7) *G. Lopez de Madera* animadversiones jur. civ. cap. 5. (*Otto* thesaurus tom. 3. p. 440 sq.)

8) *Perez* Prael. ad C. tit. Quae sit longa consuet. nr. 11.

9) P. 5. dec. 110. no. 4.

gültig sind. Aber wenn jenes außer Gebrauch gekommen und das Gegentheil zur Gewohnheit geworden sey, dann habe die Gewohnheit den Vorzug. Seine eigenen Worte sind folgende: Legem aut rationem non vincit consuetudo, quamdiu lex vivit seu nondum abrogata est. Plus enim valet sancitum eo, quod usu fit. L. 2. C. Quae sit longa consuetudo. At quando plane ex usu recedit et contraria invaluerunt, magis consuetum, quam olim constitutum attenditur.

Auch Averani, der feine, sinnreiche Averani, fand die Pandectenstelle mit der Stelle im Codex sehr vereinbarlich.

Ein Gesetz, bemerkt er, kann durch Gewohnheit abgeschafft werden; dieß kann keinen Zweifel leiden. Dieser Grundsatz hat von jeher bei den Römern gegolten. Er galt in Athen; so galt er auch in Rom. (Für Beides werden Zeugnisse aus den Classikern beigebracht.) Die Gewohnheit ist an sich nicht stärker, wie das Gesetz; sie kann durch eigene Kraft ein Gesetz nicht überwinden; aber deshalb kann ein Gesetz durch Gewohnheit abgeschafft werden. Die Gewohnheit überwindet dann das Gesetz, nicht, weil sie Gewohnheit, sondern weil sie — neuer ist. Gleichwie nämlich das neuere Gesetz das ältere aufhebt, also die neuere Gewohnheit das ältere Gesetz. Die Gewohnheit bewirkt dieß, weil der Ablauf der Zeit und der veränderte Wille des Gesetzgebers ihr zu Hülfe kommen. Diese verleihen ihr eine Stärke, die sie an sich — *sui momento* — nicht hat [10]).

---

[10]) Dieß ist etwa die Meinung des Averani — (Interpretationes lib. 2. cap. 1.). Ich glaube, daß ich sie richtig getroffen und

## §. 13.

## Fortsetzung.

## Bestätigung durch das canonische Recht.

Auch das canonische Recht steht der Behauptung: daß Gewohnheiten Gesetze brechen, nicht entgegen, bestätigt sie vielmehr. Licet longaevae consuetudinis non sit vilis auctoritas, non tamen est usque adeo valitura, ut vel

---

nichts Erhebliches ausgelassen habe. Doch will ich die Hauptstellen mit seinen eigenen Worten wieder geben: Contrarium tamen videtur constitutum in *l. consuetudinis* 2. *C. quae sit longa consuet. Consuetudinis, ususque longavi non vilis auctoritas est, verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat, aut legem.* Sed non est ita, si verba legis accurate perpendantur. Observanda sunt illa verba, *sui momento*, quae non temere ab Imperatore sunt adjecta Constitutioni. Consuetudo abrogat priorem legem; non tamen eam vincit *sui momento*, suis viribus, propria natura. Utrumque verissimum est; neque sunt haec contraria. Consuetudo natura sua, suisque viribus, et proprio momento non est potentior lege, sed omnino par; itaque eam non vincit, sed tamen ipsi derogat, ipsamque tollit. Sed quomodo eam tollit? non quia sit potentior, suoque momento eam vincat; sed quia est posterior. Lex vincit legem non propriis viribus, non ratione sui momenti; sed ratione temporis, et mutationis voluntatis. *Modestin.* in l. ult. ff. de constitut. principum: *Posteriores constitutiones potiores sunt his, quae eas praecesserunt. Cicer.* de Invent. lib. 2. *Deinde considerando utra lex posterius lata sit: nam postrema quaeque gravissima. Liv. lib.* 9. *Ubi duae contrariae leges sunt, semper antiquam abrogat nova.* Quemadmodum igitur in legibus non est considerandum proprium ipsarum momentum, ut sciamns utra alteram abroget, quia omnes eandem vim habent, cum eadem autoritate sanctae sint; sed considerandum est utra sit posterior: sic quando lex pugnat cum consue-

juri debeat praejudicium generare, nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta. *Cap.* 11. *X. de consuet.*

Damit diese Stelle seine Meinung nicht widerlege, sucht Klötzer [1]) sie auf folgende neue Art zu erklären: Unter consuetudo legitime praescripta sey hier nicht zu verstehen eine verjährte Gewohnheit, sondern eine vorgeschriebene. Der Ausdruck: praescripta, sey hier also nicht Kunstausdruck, wiewohl er gewöhnlich so mißverstanden worden, sondern das Wort in der gemeinen Bedeutung zu nehmen. Der Sinn der Stelle sey mithin: die Gewohnheit könne durch eigene Kraft ein vorhandenes geschriebenes Gesetz nicht aufheben; es müsse ihr diese Kraft durchs Gesetz besonders beigelegt, oder sie in dieser Eigenschaft vom Gesetz besonders anerkannt seyn. Allein ich muß gestehen, diese Auslegung widerstrebt ganz meinem Gefühl. Oder vielmehr, es ist leicht, zu zeigen, daß sie falsch sey. Das canonische Recht legt der Gewohnheit die Kraft bei, ein Gesetz aufzuheben, wenn sie ist rationabilis et legitime praescripta. Nun könnte es aber bei einer gesetzlich anerkannten oder gebilligten Gewohnheit auf die Vernunftmäßigkeit nicht weiter ankommen; folglich kann der Pontifex eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit nicht gemeint haben. Ja, es hätte eine gesetzlich anerkannte Gewohnheit auch nicht einmal eine vorgeschriebene genannt werden können.

---

tudine, considerandum est, utra posterior sit; nam cum idem sit utriusque momentum, nec altera alteram vincere possit vi propria, potior et gravior erit posterior. Quamobrem si lex posterior sit consuetudine, lex tollet consuetudinem: contra, si consuetudo posterior sit, legem tollet, non suo momento, sed ratione temporis.

[1]) A. a. O. S. 115 und folg.

Mich dünkt, wer sich viel um den Sinn dieser Stelle bemüht, und weit darnach sucht, dem könnte man zurufen: Nodum in scirpo quaeris! Der Pontifex sagt, was die Worte andeuten: die Gewohnheit, soll sie ein Gesetz aufheben, muß verjährt, d. h. durch Ablauf einer langen Zeit (nicht etwa zum Recht, sondern) zum Gesetz geworden seyn. Unter der langen Zeit verstehe ich jedoch nicht gerade, was in der Materie von der Verjährung ein *tempus longum* technisch genannt wird; denn, wiewohl es möglich ist, daß das canonische Recht wirklich an die Verjährungszeit gedacht hat, dieses von jeher die Meinung der berühmtesten Civilisten und Canonisten gewesen, solches sogar nicht unwahrscheinlich ist, wenn man die Glosse zu dieser Stelle des Codex betrachtet, sind wir doch, glaube ich, nicht berechtigt, mit Sicherheit zu behaupten, wie das canonische Recht die Verjährungszeit auf das ganz verschiedene Institut der Gewohnheit übertragen habe. Das canonische Recht meinte unter der verjährten Gewohnheit nur die alte, die lange Gewohnheit, die schon so lange gedauert hat, daß sie wegen ihres hohen Alters dem Gesetz die Spitze bieten kann.

Mit dieser Auslegung steht nicht in Widerspruch das Dogma im Decret: Consuetudo autem est jus quoddam moribus institutum, quod pro lege suscipitur, cum deficit lex [2]), welche ähnlichen Stellen der Pandecten nachgebildet ist [3]), deren Bedeutung aus dem Obigen erhellet. (Wäre hier auch ein Widerspruch, würden doch die Decretalen, als neuer, dem Decret vorgehen.) Von den übrigen Stellen, die Klötzer anführt [4]), läßt sich dieß eben so

---

[2]) C. 5. D. 1.

[3]) L. 32. pr. L. 33. D. de leg.

[4]) §. 27. S. 105.

wenig sagen, sie würden immer mit derselben Einschränkung: nisi consuetudo sit rationabilis et legitime praescripta zu verstehen seyn.

## §. 14.

## Fortsetzung.

Diejenigen Rechtsgelehrten, welche der Gewohnheit die Kraft absprechen, Gesetze aufzuheben, gestehen sie ihr doch meistens in dem Fall zu, wenn das Oberhaupt des Staats, von dem Daseyn derselben unterrichtet, sie nicht mißbilligt.

Allein, aus dem bloßen Wissen und Schweigen kann Zustimmung des Regenten schwerlich abgeleitet werden. Er kann ja seine Mißbilligung bloß verschoben haben. Ja, überhaupt folgt aus dem bloßen Schweigen des Regenten nichts weiter, als daß er, welcher die Nichtanwendung der Gesetze für einzelne Fälle erlauben kann, es geschehen ließ, daß sie in diesem oder jenem Fall nicht befolgt wurden. Die stillschweigende Einwilligung, welche die Rechtsgelehrten aus dem Schweigen des Regenten ableiten, ist daher keine wirkliche, sondern eine — nicht vom Gesetz, sondern von den Rechtsgelehrten — erdichtete. Aber Fictionen haben nur im Reich der Phantasie ihren Werth; in der wirklichen Welt wird es heißen: der Regent willigte nicht ein. Es würde vielmehr nöthig seyn, daß der Regent, von dem Daseyn der Gewohnheit unterrichtet, sie ausdrücklich billigte und zwar in der Art, daß sie das Gesetz selbst verdrängen solle. Dann wäre es aber nicht die Gewohnheit, welche das Gesetz aufhöbe, sondern der Wille des Regenten und die Gewohnheit gäbe nur die Veranlassung dazu, daß der Regent diesen Willen erklärte.

Die Gewohnheit kann ein Gesetz nur aufheben, wie sie eins geben kann, nämlich: wenn die Staatsgewalt ihr ein für allemal diese Kraft beigelegt hat und eine solche allgemeine Billigung ist nun in den angeführten Stellen des römischen und canonischen Rechts, welche der Gewohnheit namentlich auch diese Kraft beilegen, enthalten, in Folge dessen es der besonderen Billigung dieser oder jener einzelnen, das Gesetz aufhebenden Gewohnheit von Seiten der Staatsgewalt auch gar nicht weiter bedarf.

## §. 15.

## Wie geschieht die Abschaffung des Gesetzes durch Gewohnheit. Begriff der Entwöhnung.

Wir haben also gesehen, daß ein Gesetz, wie es durch Gebrauch entsteht, also auch durch Gebrauch seine Gültigkeit verlieren kann. Wird ein Gesetz durch Gebrauch aufgehoben, so sagt man, es sey durch Entwöhnung abgeschafft. Entwöhnung, in Beziehung auf ein Gesetz, ist nichts anderes, als Abschaffung eines Gesetzes durch Gewohnheit. Dieß ist sowohl dem Geist der lateinischen als deutschen Sprache angemessen und wird auch durch die Basiliken bestätigt, die Entwöhnung mit lex non scripta und zwar einer solchen, wodurch ein Gesetz aufgehoben wird, für gleichbedeutend nehmen.

Zur Entwöhnung gehört, daß ein gewisses Gesetz seit langer Zeit nicht befolgt oder angewandt ist, da doch Fälle genug vorgekommen sind, in welchen es hätte angewandt werden können oder müssen. Bloß dadurch entsteht sie nicht, daß Einzelne von ihrem Rechte keinen Gebrauch machten und auf der anderen Seite scheint auch dazu nicht

nöthig zu seyn, daß das Gesetz bei Gericht nicht befolgt, oder gar, wie Leyser [1]) behauptet, bei dem Widerspruch des Gegners vom Richter auf den Nichtgebrauch des Gesetzes erkannt sey (desuetudo contradicto judicio firmata), — was auf einen Widerspruch führt, — eben so wenig, wie zur Einführung einer constituirenden Gewohnheit gerichtliche Handlungen erforderlich sind oder gar eine consuetudo contradicto judicio firmata. Ueberhaupt ist anzunehmen, daß im Allgemeinen alles, was von der Gewohnheit gilt, auch auf die Entwöhnung anwendbar sey. Zwar besteht die Entwöhnung in der Nichtbeobachtung eines Gesetzes (non usus), doch ist sie deshalb nicht der Mangel einer Gewohnheit; das reine Gegentheil von Gewohnheit oder Gewöhnen würde seyn: Nichtgewohnheit, Nichtgewöhnen (non consuescere), wie Schweitzer [2]) richtig bemerkt hat; sie ist auch nicht bloß, wie Corasius [3]) lehrt, der Gewohnheit sehr ähnlich, sondern vielmehr — selbst Gewohnheit, wie schon Gundling's philosophischem Scharfsinn nicht entging [4]) und ebenfalls Schweizzer

[1]) Spec. 9. med. 10.

[2]) De desuetudine liber sing. p. 58. Desuetudinem consuetudini non ita esse oppositam, ut, quod altera voce adfirmatur, altera voce simpliciter negetur, eo intelligitur, quod desuescere non significet non consuescere, sed non amplius consuescere seu desisse consuescere. Die Bedeutung von Entwöhnung, eine Gewohnheit ablegen, muß man indessen wohl bemerken, hat das Wort nur dann, wenn es auf Gewohnheit bezogen wird. In der gemeinen Bedeutung bezieht es sich immer auf Gewohnheit, aber bei der rechtlichen liegt diese Beziehung ferne und es liegt dabei die allgemeinere zum Grunde, sich an das Gegentheil gewöhnen.

[3]) De jure civ. in art. red. Lugd. 1560. P. 3. cap. 15. p. 190.

[4]) Gundlingiana VII. nr. 3. §. 21.

zer [5]) mit Recht annimmt, diejenige Art von Gewohnheit nämlich, die auf Unterlassen gerichtet ist, und dabei unterscheidet sie sich von einer consuetudo constitutiva negativa dadurch, daß durch sie kein Rechtssatz eingeführt, sondern aufgehoben wird, indem sie sich auf ein geschriebenes Gesetz bezieht, auf dessen Aufhebung sie gerichtet ist [6]). Daß die Entwöhnung Art der Gewohnheit sey, wird abermals durch die angeführte Stelle der Basiliken bestätigt: denn sie ist ja eine Art dessen, was die Basiliken durch lex non scripta (wodurch ein Gesetz aufgehoben wird) erklären.

Zwar, wenn ein Gesetz durch Gewohnheit abgeschafft wird, pflegt man wohl zu sagen, es sey durch *non usus* abgeschafft, wie man auch sagt, es sey außer Gebrauch gekommen, aber dieser non usus ist kein bloßer non usus, sondern vielmehr ein usus contrarius und durch ihn entsteht eine dem Gesetz feindliche Gewohnheit, die zwar nur negativer Art, doch nichts desto weniger Gewohnheit ist, eine consuetudo contraria; man hat nämlich das Gesetz in vorkommenden Fällen bei Seite gesetzt, und dieß so oft wiederholt, bis es zur Gewohnheit geworden ist. Wer, wenn die Gelegenheit dazu gegeben ist, das Gesetz nicht befolgt, thut das Gegentheil von dem, was das Gesetz verordnet und bei häufiger Wiederholung derselben Handlungsweise entwöhnt er sich des Gesetzes. Hat es an Gelegenheit gefehlt, das Gesetz anzuwenden, das ist bloßer non usus und dieser reicht nicht hin; es müssen Fälle vorgekommen seyn, in welchen das Gesetz nicht befolgt ward. Diese, durch keine entgegengesetzten unterbrochenen, Fälle sind

[5]) De desuetudine cap. 3. p. 58 seq.

[6]) *Schweitzer* de desuetudine cap. 3. p. 58 sq.

die actus continui, die zu einer Gewohnheit dieser Art erforderlich sind [7]).

§. 16.

## Fortsetzung.

Bisweilen findet man, daß von einem Gesetz gesagt wird, es sey nie zur Anwendung gekommen. Wenn dieß daher rührt, daß Fälle der Art nicht vorgekommen sind, thut es der Gültigkeit des Gesetzes keinen Abbruch. Wenn es aber an Gelegenheit nicht gefehlt hat, das Gesetz anzuwenden, und man es nicht angewandt hat, dann frägt es sich, welche Regeln auf diesen Fall anwendbar sind. Im Grunde gehört auch dieß Letztere zur Entwöhnung. Denn die Entwöhnung kann von doppelter Art seyn. Sie kann ein Gesetz vernichten, was in Uebung und Gebrauch war — und dieß wird der gewöhnliche Fall seyn — sie kann aber auch ein Gesetz aufheben, ohne ihm Zeit zu lassen, in Gebrauch zu kommen, ja überhaupt, befolgt zu werden. Ein Gesetz durch Gewohnheit abschaffen, schließt Beides ein, außer Gebrauch und — nie zur Anwendung, nie in den

---

[7]) Zur Begründung einer desuetudo genügt es nicht, daß ein Gesetz seit langer Zeit nicht zur Anwendung gekommen ist. Dieß kann daher rühren, daß der im Gesetz enthaltene Fall nicht vorgekommen, oder durch Vergleich abgemacht ist, und dann ist ein bloßer Nichtgebrauch — *solus non usus* — vorhanden. Durch einen solchen werden Gesetze nicht aufgehoben, sondern es muß von dem, was das Gesetz enthält, das Gegentheil geschehen seyn. *Mev.* Com. ad jus Lub. quaest. praelim. 7. nr. 16 sq. Ejusd. decis. P. 3. dec. 60. *Struv.* syntagma ex 2. §. 22. *Voet.* ad Dig. tit. de legibus §. 35 et 41.

Gebrauch gekommen seyn. Auch ein Gesetz, was nie zur Anwendung gekommen ist, wird durch Entwöhnung abgeschafft. Wenn es nicht an Gelegenheit gefehlt har, es zur Anwendung zu bringen, und man es dann nicht befolgt, man sich also daran gewöhnt hat, es nicht zu achten, dann ist auch dieß nie in Uebung gekommene Gesetz eo ipso, es ist durch Gewohnheit abgeschafft. Die Entwöhnung, wodurch ein Gesetz abgeschafft wird, setzt also nicht gerade nothwendig voraus, daß man an diesen Zustand, an dieß Gesetz gewöhnt war. Es ist genug, daß das Gesetz gegeben, durch Bekanntmachung in's Daseyn gekommen war und folglich wieder aufgehoben werden kann.

## §. 17.

## Fortsetzung.

Von dem Fall, da ein Gesetz durch Nichtbefolgung abgeschafft wird, kann man einen anderen unterscheiden, da ein Rechtssatz durch Gewohnheit aufgestellt wird, der mit einem vorhandenen geschriebenen Gesetz in Widerspruch steht. Die Rechtsgelehrten kennen nur die Nichtbefolgung des Gesetzes als die einzige Art, wie die Entwöhnung vor sich geht; wenn sie von einer consuetudo legi contraria reden, so haben sie die Nichtbefolgung des Gesetzes im Sinn. Daß es aber neben dieser noch eine andere, und zwar die bereits erwähnte, geben könne, scheint aus der Natur der Sache zu folgen. Kann eine negative Gewohnheit entstehen, die dem Gesetz geradezu widerstreitet, warum nicht auch eine positive, die einen Satz aufstellt, der mit dem Gesetz nicht vereinbarlich ist, wodurch dasselbe ipso facto aufgehoben wird? Ein

Gesetz hört ja auf, der Gesetzgeber mag — legem obrogando — seinen Willen geradezu und ausdrücklich, oder er mag ihn — legi obrogando — durch ein entgegenstehendes Gesetz, durch die That selbst, erklären; wie sollte es bei der Gewohnheit anders seyn! Dort wirkt der Wille des Gesetzgebers, hier der Wille des Volks, und wenn das Gesetz dem Volk einmal die Macht beilegt, ein Gesetz nicht bloß geben, sondern auch aufheben zu können, so scheint die Art gleichgültig zu seyn, wie das Volk seinen Willen zu erkennen gibt. Will man aber aus dem Willen des Volks keine Schlüsse gelten lassen, so streitet auch die bloße Natur des Gesetzes dafür. Die Gewohnheit ahmt ja sonst das Gesetz in allen Stücken nach, warum nicht auch in diesem? —

Allein, wiewohl man beides unterscheiden kann, die negative Gewohnheit, die das Gesetz bloß nicht befolgt, und die positive, die einen Satz einführt, der mit dem Gesetz in Widerspruch steht, so ist es doch nur die erstere, die ein Gesetz außer Kraft setzen kann. Die einführende könnte diese Wirkung immer nur in so fern hervorbringen, als damit eine Nichtbefolgung des Gesetzes verbunden wäre; diese würde es dann seyn, die dem Gesetz verderblich wäre. So lange das Gesetz befolgt wird, erhält es sich und die einführende oder positive Gewohnheit, die mit dem Gesetz in Widerspruch stände, würde bei der überwiegenden Kraft des Gesetzes dagegen gar nicht aufkommen können. Sie würde das Gesetz nicht überwinden, sondern von ihm überwunden werden. „Denn wiewohl die Gewohnheit kein geringes „Ansehen hat, erstreckt es sich doch damit nicht so weit, „daß sie das Gesetz überwinden sollte" [1]).

---

[1]) L. 2. C. quae sit longa consuet.

So hat uns der Gang der Untersuchung schon wieder auf die rechte Bedeutung jener Stelle des Codex, die den Auslegern so viel Mühe gemacht hat, von selbst zurückgeführt.

## §. 18.

## Welche Gesetze können durch Gewohnheit abgeschafft werden, und von wem? Ob dieß auch durch Gerichtsgebrauch geschehen könne, und wiefern?

Es sind zwei Fragen, die mir in der Lehre vom Gewohnheitsrecht nicht die leichtesten zu seyn scheinen, worüber ich selbst zweifelhaft bin, jedoch meine Gedanken, so gut ich sie geben kann, hier niederlegen will. Diese Fragen sind:

1) welche Gesetze können durch Entwöhnung ihre Gültigkeit verlieren, alle oder nur gewisse?

2) kann eine Entwöhnung im Volk allein, oder auch bei Gericht vor sich gehen?

Was die erste Frage betrifft, so kann es wohl keinen Zweifel leiden, daß Permissivgesetze durch Entwöhnung ihre Gültigkeit verlieren können. Gesetze dieser Art lassen der Willkühr der Einzelnen freien Spielraum; wenn sie in Rechtsverhältnisse mit Anderen kommen, können sie beim Ordnen derselben eine Regel befolgen, die von der gesetzlichen abweicht, die von Anderen gebilligt, nachgeahmt, häufig wiederholt, zur Gewohnheit geworden und durch die Zeit gestärkt, unter Zulassung der höchsten Gewalt — welcher es ziemlich gleichgültig seyn kann, nach welchen Regeln die Bürger in ihren Rechtsverhältnissen zu einander sich richten, wenn sie nur damit zufrieden sind — am Ende das Gesetz verdrängt, was der Menge nicht zu gefallen schien.

Ganz anders ist es nun mit absolut gebietenden und verbietenden Gesetzen. Kann man sagen, daß ein Gesetz dieser Art aufgehoben sey, weil Einzelne das Gesetz übertraten? Das durften sie nicht und die Handlungen, die sie vornahmen, sind ungültig und werden vom Gesetz als nicht geschehen behandelt [1]). Wie können nun unerlaubte Handlungen, die das Gesetz nicht einmal als vorhanden annimmt, ein Gesetz aufheben, wenn sie mit anderen von demselben Gehalt, die also ebenfalls für nichts zu achten sind, vereinigt sind, wie können sie eine Regel hervorbringen, die von der gesetzlichen abweicht, wie können sie machen, daß die befolgte Maxime des Einzelnen zum Gesetz für alle wird? Was man in diesem Fall statuirt, muß man namentlich auch annehmen, wenn das Gesetz für Geschäfte einer gewissen Art die Beobachtung einer gewissen Form vorgeschrieben hat. Verliert dieß Gesetz dadurch, daß die vorgeschriebene Form seit langer Zeit, so oft auch Gelegenheit dazu vorhanden war, nicht beobachtet ward, seine Gültigkeit? Dieß könnte man, wie es scheint, überhaupt nur dann sagen, wenn dieß ungültige Geschäft von Anderen, deren Vortheil es war, es nicht gelten zu lassen, als gültig behandelt ward. Dann könnte es entweder außergerichtlich als gültig behandelt seyn oder bei Gericht. Ward es bloß außergerichtlich und im Volk als gültig behandelt, von denjenigen nämlich, die es hätten anfechten können, so könnte dieß theils auf Unkunde ihrer Rechte beruhen, theils

[1]) L. 7. §. 16. D. de pactis. L. 5. C. de legibus. cap. 64. de regulis juris in sexto. Das im Text angeführte Argument führt auch Seufert (Erörterungen einzelner Theile des röm. Privatrechts, erste Abtheilung S. 28.) dagegen an, der übrigens zwischen Dispositiv- und Prohibitiv-Gesetzen unterscheidet.

würde hier immer der Einwand möglich seyn, der Einzelne, der das ungültige Geschäft gelten ließ, habe bloß von seinem Rechte keinen Gebrauch gemacht. Ward es bei Gericht als gültig behandelt, so entsteht die Frage, ob das Gericht zur Nichtbefolgung eines Gesetzes wirken oder auch nur mitwirken durfte — und diese Frage wird jeder mit Nein zu beantworten geneigt seyn.

Dieß sind indessen bloße rationes dubitandi, die gegen die rationes decidendi, die nun folgen sollen, sich nicht behaupten können. Denn mit philosophischen Grundsätzen und bloßem Räsonnement aus der Natur der Sache reichen wir hier, glaube ich, nicht aus. Julianus lehrt, das Gesetz kann durch Entwöhnung aufgehoben werden; er unterscheidet nicht zwischen den verschiedenen Gesetzen; unbestimmt spricht er, und folglich allgemein; jedes Gesetz — ohne Rücksicht auf den Inhalt — wird durch Entwöhnung abgeschafft. Aus seinem Standpunct müssen wir die Sache und zwar so betrachten. Die höchste Gewalt ist bei dem Volk, von dem alle andere Gewalt nur ausgeht, und vermöge derselben kann das Volk, wie es Gesetze geben kann, sie auch aufheben. Gesetzt also, es wird von denen, die an der Spitze der Verwaltung stehen, ein Gesetz bekannt gemacht und Niemand befolgt das Gesetz oder nach einiger Zeit Niemand mehr, so häufig auch dazu die Gelegenheit gegeben ist, und dieser Zustand erhält sich eine lange, lange Zeit hindurch, so hat das Volk durch die That sein Mißfallen an dem Gesetz zu erkennen gegeben; es hat so deutlich, als man durch Thaten sprechen kann, erklärt, diesem Gesetz wollen wir uns nicht unterwerfen, wir wollen dieß Gesetz nicht oder wollen es nun nicht länger, — und das Gesetz ist eo ipso aufgehoben.

Hier hat kein Einzelner die Maxime seines Handelns Anderen aufgedrungen, sondern ein allgemeiner Wille — der tacitus consensus omnium — hat sich hier in den Handlungen Einzelner zu Tage gelegt. — Das Volk im Ganzen spricht nie auf eine andere Art. Der Wille, der Geist eines Volks ist immer nur durch die Handlungen Einzelner, denen Andere keinen Widerspruch oder keine Handlungen entgegensetzen, worüber sie auch keine Mißbilligung, wenigstens keine anhaltende, äußern, zu erkennen. — Kein Unterschied ist hier unter den verschiedenen Arten der Gesetze und Julianus, der die Gültigkeit der Entwöhnung aus dem Willen des Volks herleitet, konnte auch keinen machen. Der Wille des Volks ist eben so kräftig, wenn es darauf ankömmt, absolut gebietende oder verbietende Gesetze aufzuheben, als wenn es gilt, Permissivgesetze bei Seite zu setzen. Vermöge der ihm beiwohnenden höchsten Gewalt hätte das Volk Gesetze aller Art geben können, so kann es auch Gesetze aller Art aufheben. Zwar sind bei absolut gebietenden oder verbietenden Gesetzen die Handlungen, aus denen die Gewohnheit hervorgehen soll, contra legem unternommen — was sie bei Permissivgesetzen im Grunde auch sind — und folglich in rechtlicher Hinsicht als nicht vorhanden zu betrachten — was bei Permissivgesetzen freilich nicht der Fall ist —. Allein, die Handlungen, welche die Einzelnen gegen das Gesetz begehen, kommen hier nicht in Betrachtung als solche, wodurch das Gesetz übertreten wird — nur in dieser Hinsicht sind sie ungültig und als nicht vorhanden zu betrachten, — sondern als solche, wodurch das Volk seinen Willen offenbart, wodurch das Gesetz von Einzelnen, im Namen aller — vernichtet wird. Wer über das Gesetz erhaben ist, was er verletzt, wer es

vernichten kann, und es gerade in dieser Absicht nicht befolgt — von diesem Standpunct des Julianus muß man die Sache ansehen — der kann nicht mit demjenigen auf gleichem Fuß behandelt werden, der dem Gesetz unterworfen, sich gegen dasselbe auflehnt und dem Willen des Herrschers ungehorsam ist. Der Einzelne erscheint hier nicht als Unterthan, sondern — als Herrscher; vereinigt mit Anderen, beim Schweigen der Uebrigen, die eben dadurch ihre Zustimmung geben, übt er eine Handlung der höchsten Gewalt aus. —

Es ist also möglich, daß ein Gesetz durch Entwöhnung aufgehoben werden kann, aber so ganz leicht, wie es scheint, ist es nicht, daß eine Entwöhnung, und zwar eine zu Recht beständige, zu Stande kömmt. Selbst bei Permissivgesetzen kann dieß so leicht nicht geschehen, noch weniger bei absolut gebietenden oder verbietenden. Es setzt voraus, daß in langer Zeit keiner das Gesetz befolgt hat, wenigstens in dieser Abtheilung des Staats, in diesem kleinen Staat im Staat, in dieser Provinz, dieser Stadt u. s. w. Aber geschehen kann die Aufhebung des Gesetzes durch Volksgewohnheit bei allen Arten der Gesetze. Es genügt dazu schon, daß ein gewisses Gesetz seit langer Zeit, so oft auch Gelegenheit dazu vorhanden war, von Niemanden befolgt ward. Es wird nicht nöthig seyn, daß bei vernachlässigter Form die dabei Betheiligten das Geschäft ausdrücklich für gültig anerkannten; genug, daß sie es gelten ließen, den ungültigen Vertrag erfüllten, das Geschäft überhaupt nicht bei Gericht anfochten und dieses es nicht als ungültig behandelte.

Ward aber das Gesetz von Einigen befolgt und von Anderen übertreten, da kann sich keine Gewohnheit bilden,

und wenn das Gesetz im Volk gänzlich bei Seite gesetzt, bei Gericht aber darnach gerichtet ward, eben so wenig. Vielmehr wird dann das Gesetz durch Reaction von Seiten des Staats — durch das Medium des Gerichts — oder von Seiten der Einzelnen, die das Gesetz befolgen oder gegen die Nichtbefolgenden den Schutz des Staats aufrufen und das Gesetz vor Gericht geltend machen, oder von Beiden vereint, aufrecht erhalten. Die Fälle, da das Gesetz von Einigen befolgt oder bei Gericht geltend gemacht oder von Seiten des Gerichts darnach gerichtet wird, sind dann die *actus contrarii*, welche die (abschaffende) Gewohnheit unterbrechen und ihre Entstehung hindern.

Soviel von der ersten, nun zu der zweiten Frage.

Daß nach Grundsätzen des römischen Rechts sich bei Gericht ein Gebrauch bilden könne, der für die Folge beizubehalten ist, weil er bisher befolgt ward, habe ich schon oben angenommen und daran kann im Allgemeinen nicht gezweifelt werden. Mehrere Stellen des römischen Rechts zeigen dieß deutlich an [2]). Man muß aber hier mehrere Unterschiede machen:

Soviel kann wol keinen Zweifel leiden,

1) es könne sich, wenn von Ergänzung der mangelhaften Gesetzgebung die Rede, ein gültiger, für die Folge beizubehaltender Gerichtsgebrauch bilden. Das Gericht, genöthiget, nach Regeln und festen Regeln zu verfahren und streitige Rechtsfälle zu entscheiden, ist auch genöthigt, wenn

---

[2]) L. 1. C. Quae sit longa cons. L. 12. §. 5. C. de rebus cred. L 11. C. de injuriis. L. 12. §. 1. D. de judiciis. L. 7. pr. D. de officio proconsulis.

diese Regeln fehlen, wenn die geschriebenen Gesetze ihm deren keine, wenigstens keine ausreichenden, darbieten, sich selbst zu helfen und jene Regeln aufzufinden, und da ein Gericht nicht schwanken darf, so ist es natürlich und zu billigen, wenn die früher befolgte Regel bei wiederkehrenden Fällen derselben Art wiederum befolgt und am Ende zur Gewohnheit wird, von welcher das Gericht nun selbst nicht wieder abgehen darf, indem sie die Stelle einer gesetzlichen vertritt. Insonderheit kann auch in Hinsicht auf das gerichtliche Verfahren sich ein *mos judiciorum* oder, was unsere Rechtsgelehrten den *stylus curiae* nennen, bilden [3]). Ueberhaupt kann man dem Gerichtsgebrauch den Werth nicht absprechen, wenn ein gewisser Satz lange beobachtet ist, wodurch das Rechtssystem vervollständigt und erweitert wird, der zwar durch kein geschriebenes Gesetz eingeführt ist, wovon aber auch kein solches das Gegentheil verordnet hat, wodurch also ein geschriebenes Gesetz nicht eigentlich übertreten wird, der bloß *praeter legem*, nicht *contra legem* ist. Ich sehe wenigstens, daß, wenn man diesen Grundsatz nicht gelten läßt, der von den Rechtsgelehrten immer im Stillen befolgt ist, ein großer Theil unseres Rechtssystems alle Haltung verliert. Besonders kann sich

2) ein gültiger und auch für die Folge unverbrüchlich

---

[3]) L. 4. C. de accusat. L. 15. C. de excusat. tut. L. 10. C. de proc. L. 14. C. de pactis. L. 2. C. de probat. L. 3. C. si quis alteri vel sibi. L. 4. C. Ne de statu defunit. L. 7. D. de rest. in int. L. 1. C. de serv. L. 3. C. de priv. fisci. L. 50. D. de manumiss. testam. L. 4. C. de in litem jur. L. 3. C. de injuriis. L. 14. C. Ad legem Jul. de adult. L. 3. C. Ad legem Jul. de in publ. L. 3. §. 6. D. de testibus.

beizubehaltender Gerichtsgebrauch bilden, wenn ein Gericht in Fällen, da die Anwendung eines gewissen Gesetzes zweifelhaft war, das Gesetz nicht angewandt hat, überhaupt, wenn sich über zweifelhafte Rechtsfragen eine gewisse Meinung bei einem Gericht gebildet hat, welche in wiederkehrenden Fällen derselben Art bewährt gefunden, aufs Neue befolgt und immer wieder befolgt und deren Befolgung am Ende zur Gewohnheit geworden ist. Daß in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, der standhafte Gerichtsgebrauch die Kraft eines Gesetzes erlangt, hat die ausdrückliche Stimme des römischen Rechts für sich [4]. Von diesem zweiten Fall werde ich weiter unten zu reden Gelegenheit haben.

Ob nun aber

3) der Gerichtsgebrauch auch dann seinen Werth behaupten könne, wenn das Gesetz klar und deutlich und die Anwendung des Gesetzes in Fällen dieser Art keinem Zweifel unterworfen ist, das Gericht aber das Gesetz dennoch nicht befolgt hat, das ist die Frage. Diese Frage wird jeder mit Nein zu beantworten geneigt seyn. In der That würde die Bejahung derselben das Gericht über das Gesetz und über die höchste Gewalt im Staat erheben. Das Gericht, beauftragt, das Gesetz zu befolgen und ihm Achtung bei Anderen zu verschaffen, darf es nicht selbst gering schätzen und übertreten. Hier kann man mit Recht sagen, daß unerlaubte Handlungen keine rechtlichen Wirkungen haben können und am wenigsten sind sie tauglich, das übertretene Gesetz zu verdrängen und die im Uebertreten befolgte Regel an dessen Stelle zu setzen.

---

[4]) L. 38. D. de legibus.

Es läßt sich wohl denken, daß die höchste Gewalt im Staat dem Volk, von dem doch am Ende alle Gewalt ausgeht und um dessentwillen alle Gesetze nur da sind, verstattet, sich der Gesetze, welche die allgemeine Stimme verwirft oder nicht länger tauglich findet, allmählig zu entwöhnen und auf solche Art ein Recht wieder auszuüben, was ihm ursprünglich zustand und, nach der Ansicht des römischen Rechts, vielleicht nicht einmal ganz verloren ist; aber daß dem bloßen Gericht die Macht beigelegt seyn sollte, die Gesetze, die es nicht tauglich findet, bei Seite zu legen und andere an deren Stelle zu setzen, das läßt sich so wenig glauben, als es sich würde rechtfertigen lassen. Auch findet sich keine Spur davon, daß nach römischem Recht dem Gericht ein so außerordentliches Recht beigelegt seyn sollte. Die einzige Stelle, die von der Entwöhnung handelt — so kurz sie ist, so inhaltsschwer ist sie, — spricht bloß von einer Entwöhnung, die durch den übereinstimmenden Willen d e s V o l k s geschehen kann und erwähnt des Gerichts mit keiner Sylbe.

Nichts desto weniger haben unter den Alten Einige die Meinung gehegt, eine Entwöhnung könne gar nicht anders, als bei Gericht, zu Stande kommen. Andere berichtigten dieß dahin, daß außergerichtliche Handlungen zur Hervorbringung einer Entwöhnung doch nicht gänzlich für untauglich zu halten seyn würden. Ob es überhaupt möglich sey, daß ein Gesetz durch Gewohnheit eines bloßen Gerichts abgeschafft werden könne, daran zu zweifeln fiel ihnen nicht ein. Die Bejahung dieser Frage konnte ihnen, nach ihren Grundsätzen, nicht einen Augenblick zweifelhaft seyn. Der consensus principis tacitus, den sie für jede einzelne Gewohnheit annahmen und der bei ihnen in dieser Materie

wie ein Gespenst umgeht und sich in alles mengt, half ihnen über alle Schwierigkeiten glücklich hinüber. Mit der größten Treuherzigkeit versichert Kemmerich, der Fürst billige alles, was in seinem Gericht geschieht[5]). Nun, wenn das ist, so ist es eben so gut, als ob die ganze gesetzgebende Gewalt mit der richterlichen verbunden wäre und nebenbei sind die Gerichte, was sie auch thun oder unterlassen mögen, außer aller Verantwortung. Eine solche stillschweigende Einwilligung von Seiten des Regenten würde allerdings tauglich seyn, jede Gewohnheit zu rechtfertigen und jede aufrecht zu erhalten. Aber Jeder sieht leicht, daß es eine ganz willkührliche Behauptung ist, der Fürst billige alles, was im Gericht geschieht und namentlich jede Gewohnheit. Es ist ja erst die Frage, ob er das alles und besonders die Gewohnheit billigt. Im Allgemeinen läßt sich diese Frage nicht, sondern nur in einzelnen Fällen, und zwar nach Verschiedenheit derselben verschieden, beantworten. Selbst, wenn von Zeit zu Zeit die Gerichte visitirt und die gerichtlichen Schriften durchgesehen werden, folgt daraus, daß auf diese Veranlassung keine Mißbilligung erfolgt, nicht, daß der Fürst diese oder jene Gewohnheit gebilligt habe. Es bleibt schon immer ungewiß, ob gerade dieser Gebrauch zur Kenntniß des Fürsten oder auch nur zur Kenntniß der Beamten gelangt sey, denen das Geschäft der Visitation übertragen war.

So wahr es nun auch ist, daß ein an sich klares Gesetz durch Nichtbefolgung im Gericht seine Gültigkeit nicht verlieren könne, so, glaube ich, kann doch auch hier dem Gerichtsgebrauch nicht aller Werth abgesprochen werden. Durch

[5]) *Kemmerich* de probatione consuetudinis sect. 2. §. 12.

bloße Nichtbefolgung des **Gerichts** kann das Gesetz nicht aufgehoben werden, wenn aber ein gewisses Gesetz **vom Volk** nicht befolgt ward, so kann ein Gebrauch des Gerichts, welches in vorkommenden Fällen ein Gesetz gleichfalls nicht zur Anwendung bringt, der **Entwöhnung** insofern zu Hülfe kommen, als es eben dadurch an jener Reaction von Seiten des Staats, wodurch, wie ich oben angenommen habe, das Gesetz aufrecht erhalten wird, — mag sie nun mit Recht oder Unrecht unterblieben seyn, — doch immer **fehlt**. Dem Regenten bliebe dann nichts übrig, als das Gesetz, — wenn es ihm so gefiele, — wieder herzustellen und nebenher sich wegen der durch Nichtanwendung des Gesetzes verschuldeten Entwöhnung an seine Beamten zu halten und sie wegen Verletzung ihrer Amtspflicht zu bestrafen.

*De facto* geschieht es sonst alle Tage, daß Gesetze bei Gericht außer Gebrauch kommen, aber, ob dieß geschehen darf, ob es ein gültiger modus sey, Gesetze aufzuheben, ob sie nicht wieder hervorgesucht werden müßten, wenn Jemand sich darauf beriefe, das ist freilich eine andere Frage.

Ich wüßte indessen noch eine Art, wie der Gerichtsgebrauch, der sich über ein klares Gesetz hinwegsetzt, auch *de jure* gerechtfertigt werden könnte. Dieß könnte geschehen, wenn er durch die **Volksgewohnheit** getragen **würde**, wenn es nämlich erlaubt wäre, die Sache von der Seite anzusehen, als **billige** das **Volk**, unter dessen Augen doch dasjenige geschieht, was bei Gericht vorgenommen wird und was dabei zum **Theil** selbst **betheiligt** ist, ja **mithandelt**, — und zwar sind es nicht Einige, sondern, wenn der Fall, wie hier vorausgesetzt wird, oft wiederkehrt, viele, die dabei betheiligt sind oder mithandeln, —

die Handlungen des Gerichts, die es nicht mißbilligt, denen es sich nicht widersetzt, worüber es keine Beschwerde führt, an denen es zum Theil selbst Theil nimmt.

## §. 19.

## Schlußbemerkung zu der Untersuchung über die Kraft der Gewohnheit, ein Gesetz aufzuheben.

Was Gesetzen Kraft und Lebensdauer verleiht, ist nicht sowohl das Ansehen des Regenten, als ihre innere Stärke [1]). Ein Gesetz, was der Vernunftmäßigkeit ermangelt, was die Erfahrung nicht als gut und zweckmäßig bewährt, ist gar leicht der Gefahr ausgesetzt, außer Gebrauch zu kommen, indem diejenigen, welche es befolgen oder anwenden sollen, je mangelhafter sie es finden, um so mehr geneigt sind, sich darüber hinweg zu setzen. Aber so natürlich dieser Gang der Sache auch ist, so wenig kann doch die Staatsgewalt einen solchen Mißbrauch, zumal im voraus und ausdrücklich, billigen und gutheißen, und wenn dieß im römischen Recht dennoch geschehen, läßt es sich nur aus der besonderen Art erklären, wie sich das römische Recht gebildet hat.



[1]) Die Kraft eines Gesetzes muß, wenn es von Dauer seyn soll, in dem Gesetz selber liegen. Man gehorcht denen nicht, die nicht zu regieren verstehen; der Gehorsam der Unterthanen ist eine Kunst der Regenten; denn wer gut leitet, dem folgt man gern. Plutarch im Leben des Lycurgus.

## §. 20.

## Von der Aufhebung einer Gewohnheit.

In den Schriften der Rechtsgelehrten habe ich nicht gefunden, daß sie von der Aufhebung der Gewohnheit und den Arten derselben handelten, wenigstens nicht ex professo, und will nun zu verhüten suchen, daß nach mir Jemand dieselbe Klage führe.

1) Eine Gewohnheit wird ohne Zweifel durch ein entgegenstehendes Gesetz aufgehoben. Denn, gleichwie der Grund ihres Daseyns am Ende nur auf dem Gesetz beruht, also gilt dieß namentlich auch von ihrer Fortdauer. Dabei wird eine frühere ältere Gewohnheit durch ein späteres allgemeines Gesetz aufgehoben, auch wenn es nicht ausdrücklich gesagt ist. Eine besondere Ortsgewohnheit wird aber durch ein allgemeines Gesetz nur dann aufgehoben, wenn es ausdrücklich gesagt ist [1]).

2) Eben so kann eine ältere Gewohnheit durch eine entgegenstehende neuere aufgehoben werden. Hier kämpft also Gewohnheit gegen Gewohnheit, und die neuere trägt, gleich dem neuern Gesetz, den Sieg davon. Ja, wenn auch eine Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz nicht aufheben könnte, wovon wir doch das Gegentheil gezeigt haben, wäre damit nicht gesagt, daß sie eine Gewohnheit nicht

[1]) *Cap.* 1. *de constitutionibus in* 6*to.* Licet Romanus pontifex constitutionem condendo posteriorem, priorem, quamvis de ipsa mentionem non faciat, revocare noscatur, quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta, cum sint facti et in facto consistant, potest probabiliter ignorare: ipsis, dum rationabilia, per constitutionem, a se noviter editam, (nisi expresse caveatur in ipsa) non intelligitur in aliquo derogare. *Perez* ad tit. C. quae sit longa cons. no. 13 et 14.

sollte aufheben können, wie denn überhaupt nichts natürlicher ist, als daß gesetzliche Normen auf dieselbe Art aufhören, wie sie entstehen. Doch würde ein einziger entgegenstehender Vorgang (actus contrarius) dazu nicht hinlänglich seyn, als welcher die Gewohnheit zwar am Entstehen hindern, aber die entstandene nicht vernichten kann [2]). Es muß vielmehr, wenn einmal etwas durch Gewohnheit zum Gesetz geworden ist, zur Gewohnheit geworden seyn, davon abzuweichen und kurz, es muß eine Gewohnheit mit den gesetzlichen Erfordernissen vorhanden seyn, gerichtet auf die Nichtbefolgung der Gewohnheit oder auf das Gegentheil dessen, was man bisher als Gewohnheit befolgte.

Es ließe sich dann auch denken, daß eine Gewohnheit durch eine Gewohnheit nicht völlig aufgehoben würde, sondern nur zum Theil, also, daß sie durch selbige eingeschränkt würde, gleichwie es auch möglich wäre, daß die neuere Gewohnheit die ältere erweiterte. Denn die Gewohnheit ahmt das Gesetz nach [3]) und daher kann sie die ältere Gewohnheit, gleich dem Gesetz, ganz abschaffen (consuetudinem abrogare), zum Theil (consuetudini derogare), sie vermehren (consuetudini subrogare). Bekannte Kunstausdrücke bei Veränderungen der Gesetze [4]).

## §. 21.

### Auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

„Imperator noster Severus rescripsit, in ambiguitatibus, quae ex legibus proficiscuntur, consuetudinem,

---

[2]) S. auch Reinhardt de jure consuetudinario §. 19.; imgleichen Klötzer a. a. O. S. 176.

[3]) L. 3. C. quae sit longa consuet.

[4]) L. 102. D. de V. S.

aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere," spricht *Callistratus* L. 38. D. *de legibus*.

Kein Richter ist verbunden, rechtskräftige Entscheidungen anderer Gerichtshöfe oder seiner Vorgänger zur Richtschnur zu nehmen, um Fälle derselben Art darnach auf dieselbe Weise zu entscheiden. Im Gegentheil weisen die Gesetze ihn an, sie zu verlassen, wenn sie nicht mit seinen Ansichten übereinstimmen. *Legibus, non exemplis, judicandum est* [1]).

Die Gesetze sind es, welche dem Richter bei seinen Aussprüchen zur Norm dienen, nicht die Entscheidungen anderer Richter. Vielmehr muß jeder Richter seiner eigenen Ueberzeugung folgen, und, wenn ich daher setze, ein Oberrichter hätte die Entscheidung eines Unterrichters gestern aufgehoben und heute würde demselben Unterrichter ein Fall ganz von derselben Art zur Entscheidung vorgelegt, so glaube ich, könnte, ja müßte der Unterrichter den Fall eben so entscheiden, wie er vorher gethan, er dürfte auf den abändernden Ausspruch des Oberrichters keine Rücksicht nehmen, es müßte denn seyn, daß sich in der Zwischenzeit seine Ueberzeugung wirklich geändert hätte.

Mit diesen Sätzen steht die Stelle des Callistratus in gar keinem Widerspruch, sondern sie werden dadurch allenfalls nur eingeschränkt. Es ergiebt sich nämlich daraus, daß Präjudizien, oder vielmehr die Rechtssätze, die bei ihnen zum Grunde liegen, unter besonderen Umständen zum Gesetz erhoben werden, oder vielmehr nur die Kraft eines solchen erlangen können, so daß sie dann in dieser neuen

---

[1]) L. 13. C. de sent. et interlocut.

Eigenschaft auch für künftige Fälle zur Norm dienen. Callistratus nennt dieß die *auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.*

Dazu gehört, daß von einer zweifelhaften Rechtsfrage die Rede sey. Und zwar muß der Zweifel daher rühren, daß ein Gesetz vorhanden ist, was sich dunkel, zweideutig, unbestimmt, kurz unvollkommen ausdrückt. Mit einem Worte, es ist hier von der Auslegung zweifelhafter Gesetze die Rede. Denn nur *in ambiguitatibus*, *quae ex legibus proficiscuntur*, gilt die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum und hat sie gesetzliches Ansehen. Diese Worte können, erwägt man sie genau, keinen anderen Sinn haben, als den angegebenen, und über allen Zweifel wird dieß durch die Nachbarschaft oder den Zusammenhang erhoben, worin die Stelle des Callistratus mit der vorhergehenden steht [2]). Die auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum hat also, gleich der consuetudo, die Kraft, Gesetze auszulegen, auf eben die Art, als wie es vom Gesetzgeber geschieht. Es ist bloße Anwendung des Grundsatzes, daß die Gewohnheit ein geschriebenes Gesetz auslegen kann. Diese Auslegung kann vom Volk, sie kann auch vom Gericht ausgehen; im letztern Fall entsteht durch die gewohnte Auslegung das, wovon hier die Rede ist, auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum.

Von dieser auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum lehrt Klötzer [3]), 1) sie sey keine Art der Ge-

---

[2]) *L.* 37. *D. de leg.* Si de interpretatione legis quaeratur, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset; optima enim est legum interpres consuetudo.

[3]) S. 295.

wohnheit, 2) die Länge der Zeit sey kein Erforderniß der auctoritas, 3) die auctoritas müsse auf keinem Irrthum beruhen.

Ich erwiedere hierauf: Die auctoritas ist Art der Gewohnheit und ist es auch nicht, je nachdem man den Begriff der Gewohnheit erweitert oder verengt. Versteht man unter Gewohnheit eine Norm, die vim legis hat und überhaupt durch den Gebrauch oder wiederholte Beobachtung eingeführt worden, so ist die auctoritas ohne Zweifel Art der Gewohnheit. Das Gericht ist gewohnt, ein gewisses Gesetz auf eine gewisse Art auszulegen. Versteht man aber darunter eine dergleichen Norm, die vom Volk oder einem Theil desselben ausgegangen ist, so ist sie es nicht, indem das Gericht als solches zum Volk nicht gerechnet werden kann, sondern zu den Beamten, die im Dienst des Staates stehen, es wenigstens bei der Volksgesetzgebung keine Stimme hat, worauf doch die ursprüngliche Idee der Gewohnheit beruht. Callistratus nimmt das Wort in diesem engern Sinne, welcher auch gewöhnlich gemeint wird, wenn von Gewohnheit die Rede ist, und unterscheidet daher von der consuetudo die auctoritas. Zwar die Worte: *aut* rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritas, gleich nach consuetudo, könnten auch einen bloßen erklärenden Zusatz, was unter consuetudo hier zu verstehen sey, in sich fassen; indessen läßt es sich denken, daß außer den Gerichten eine bestimmte Auslegung von Gesetzen sich bildet und diese wäre dadurch ausgeschlossen. Consuetudo und auctoritas sind auf allen Fall nahe verwandt und zwar ist die auctoritas etwas der consuetudo interpretativa Aehnliches, weshalb auch anzunehmen, daß beide im Allgemeinen gleichen Schritt halten.

Sie unterscheiden sich hauptsächlich nur durch das Subject, von welchem die Norm mit gesetzlichem Ansehen, oder mit Einem Worte die Auslegung, ausgeht. Die auctoritas, als Unterart, und auf allen Fall als Analogon, der consuetudo interpretativa, wird, gleich dieser, Ablauf einer langen Zeit zu ihrem Daseyn, als einer gesetzlichen Norm, erfordern, was auch schon die gemeine Bedeutung von Gewohnheit mit sich bringt, die beiden gleich zum Grunde liegt. Vom Irrthum kann bei der auctoritas nicht füglich die Rede seyn, ebenso wie auch bei der consuetudo interpretativa nicht, wohl aber wird ein zweifelhaftes Gesetz vorausgesetzt. Ist das Gesetz nur zweifelhaft, so kömmt es, wie wir gesehen haben, nicht weiter zur Frage, ob die Auslegung richtig oder unrichtig sey; die Gewohnheit schützt auch die unrichtige Auslegung, wie das Gesetz, dessen Kraft sie hat, sie geschützt haben würde. Ist aber ein unzweifelhaftes Gesetz ursprünglich mißverstanden und dieß Mißverständniß hat sich fortgepflanzt und ist endlich zur Gewohnheit geworden, so kann der bisherige Gebrauch und die Länge der Zeit das Mißverständniß nicht schützen; die auctoritas ist in diesem Fall keine auctoritas. Nur insoweit kömmt der Irrthum hier in Betrachtung. Dagegen würde das Wort *perpetuum* andeuten, daß schon ein einziges contrarium, nämlich ein einziger Urtheilsspruch, der das Gesetz anders auslegt, die erst im Entstehen begriffene Gewohnheit auch in diesem Fall hindert und die auctoritas nicht aufkommen läßt.

§. 22.

## Von der Observanz[1]).

Observanz würde eigentlich seyn, ähnlich der Gewohnheit in der gemeinen Bedeutung, der Umstand, daß etwas gebräuchlich, oder wenigstens sonst so gehalten ist. In rechtlicher Hinsicht versteht man jetzt darunter eine Norm, die durch Beobachtung in einem Collegio eingeführt ist. Ich sage jetzt; denn was die Alten betrifft, verstanden sie zum Theil das Herkommen darunter (jus traditum), Andere, scheint es mir, verstanden darunter ein Recht, was durch Beobachtung entstanden, wobei sie Befugniß und Gesetz nicht unterschieden, sondern unter dem Ausdrucke Recht Beides durcheinander mengten. Daß man Observanz auch mit Gewohnheitsrecht gleichbedeutend nimmt, ist zu bekannt, als daß es hier zu bemerken wäre.

Was die Observanz in der jetzt gewöhnlichen Bedeutung betrifft, so bezieht es sich damit, nach der gewöhnlichen Lehre[2]), auf die Macht eines Collegii, in den gesellschaftlichen Angelegenheiten Beschlüsse zu fassen. Dergleichen Beschlüsse können nicht nur durch ausdrückliche Verabredung, sondern auch durch stillschweigenden Vertrag

---

[1]) Der Ausdruck: *Observantia* ist nicht barbarisch, sondern römisch und kömmt in mehreren Stellen als gleichbedeutend mit observatio vor. Außer den Stellen, die Brisson bereits angeführt hat, nämlich L. 12. C. Theodos. de decurion. L. 44. §. 3. D. eod. L. 1. D. de test. mil. wird er auch noch gefunden §. 7. J. de satisdat. und L. 2. §. 24. D. de origine juris.

[2]) *G. L. Boehmer* Princ. jur. can. §. 235. 236. *Hofacker* Princ. jur. civ. §. 12. *Nettelbladt* Systema elem. jurispr. pos. Germ. §. 889. *Guenther* Princ. jur. Rom. §. 146.

zu Stande kommen, und ein solcher stillschweigender Vertrag ist in der Observanz enthalten. Sie ist eine Norm, welche durch Beobachtung in einem Collegio errichtet worden. Zur Einführung einer Observanz in dieser Bedeutung bedarf es nicht der Zustimmung des Regenten, noch des Ablaufs einer langen Zeit; ein einziger Vorgang ist hinlänglich, sie zu begründen.

Sieht man bloß auf das, was gewöhnlich von der Observanz gelehrt wird, so sollte man glauben, daß überhaupt schon aus dem Umstande, daß es früher einmal so gehalten worden, eine solche abzuleiten. Indessen würde man doch den Rechtsgelehrten zu nahe thun, wenn man diese Lehre für allgemein erklären wollte. Es fehlt nicht an solchen, die ein factum concludens erfordern, die eine solche Beschaffenheit der Einen Handlung voraussetzen, daß daraus ein stillschweigendes Uebereinkommen abgeleitet werden kann. Dahin gehört namentlich Meurer [3]).

Eben so lehrt Gönner [4]), welcher gleichfalls die Meinung hegt, Eine Handlung sey hinlänglich, eine Observanz zu begründen, es werde ein streng bindender Schluß aus der Handlung auf die Einwilligung erfordert. Aus der Handlung könne nur die Möglichkeit des Seyns oder Nichtseyns (fieri posse, non fieri posse) geschlossen werden; nur dann drücke eine Handlung die Nothwendigkeit des Seyns oder Nichtseyns (fieri debere aut fieri plane non posse) aus, wenn in der Handlung oder Unterlassung noch etwas Besonderes liege, welche zum

---

[3]) Von der Observanz §. 6. (in dessen jur. Abhandl. und Beobachtungen, 1ste Sammlung S. 187).

[4]) Deutsches Staatsrecht §. 27.

Schlusse auf diese Nothwendigkeit berechtige, wozu eine, der Handlung oder Unterlassung vorausgegangene, Behauptung ihrer Nothwendigkeit (in contradictorio) von besonderer Wirksamkeit sey. Er bemerkt auch noch: Was nur unter besondern Umständen und wegen besonderer Verhältnisse geschehen, begründe nur für gleiche Verhältnisse eine Observanz.

Dieß läßt sich schon besser hören; doch die Wahrheit scheint mir auf folgenden einfachen Sätzen zu beruhen.

Es ist vielleicht möglich, daß eine Gesellschaft ihren Willen, einen gewissen Satz als bleibend aufzustellen, durch Handlungen oder Thatsachen offenbart. Unter dieser Voraussetzung läßt sich auch die Möglichkeit nicht bestreiten, daß schon ein einziger Vorgang den Schluß rechtfertigen könnte, es solle ein gewisser Satz zur beständigen Regel für die Zukunft dienen. Doch werden Fälle dieser Art auf allen Fall nur sehr selten vorkommen. Gewöhnlich wird ein Vorgang weiter nichts beweisen, als — daß es früher einmal so gehalten worden.

Ist aber ein Vorgang von der Art, daß daraus mit Sicherheit geschlossen werden kann, der Satz, der bei dieser Gelegenheit aufgestellt worden, solle sich nicht auf diesen Fall beschränken, sondern allgemein gelten, so ist es freilich eben so gut, als wenn die Gesellschaft ihn ausdrücklich als Norm aufgestellt hatte. Unter dieser Voraussetzung bedarf es freilich der Wiederholung nicht; dann ist es freilich richtig, was Meurer bemerkt, daß die Handlung durch sie keinen Zuwachs an Stärke gewinnt, daß die Wiederholung zwar, des Beweises wegen, nützlich seyn, jedoch kein principium essendi, sondern nur cognoscendi an die Hand geben würde. Allein ein solcher Schluß wird schwerlich

aus der Handlung selbst, sondern aus den Umständen, ja aus dem, was bei dieser Gelegenheit geäußert ist, abzuleiten seyn. Ueberhaupt wird es bei dieser quaestio facti immer auf die individuellen Umstände und alles darauf ankommen, ob die Gesellschaft wirklich den Willen offenbart habe, dieser oder jener Satz solle als allgemeine Norm dienen. Besonders aber verdient erwogen zu werden, daß in einem solchen Fall es nicht die Beobachtung ist, was den Satz gründet, sondern der Wille der Gesellschaft, daß man also gar nicht sagen kann, es sey dieser Satz durch Observanz eingeführt. Soll ein gewisser Satz durch Beobachtung in einer Gesellschaft entstehen, so kann dieß zwar geschehen, doch nicht anders, als wenn die Erfordernisse des Gewohnheitsrechts vorhanden sind. Dazu ist dann freilich Ein Vorgang nicht hinlänglich, sondern häufige Wiederholung im Verlauf einer langen Zeit erforderlich. Was im Verlauf einer langen Zeit gleichmäßig geschehen und beibehalten worden, davon läßt sich dann auch glauben, daß es durch Erfahrung als gut erprobt sey. Der Zustimmung des Regenten bedarf es nicht; sie ist schon gegeben durch das römische Recht und namentlich durch folgende Stelle des Codex: Leges quoque ipsas antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo imitatur, et retinet: et quod officiis [5]), curiis, civitatibus, principiis *vel collegiis* praestitutum fuisse cognoscitur, perpetuae legis vicem obtinere statuimus [6]).

---

[5]) Unter *officium* scheint hier eine Gerichtsstelle zu verstehen zu seyn. L. 17. D. de in jus voc. L. 7. §. 2. D. qui satisdare cog. Paul. sent. l. 13. 1.

[6]) L. 3. C. Quae sit longa cons.

## §. 23.

## Vergleichung der Gewohnheit mit der Verjährung.

Die Gewohnheit und die Verjährung sind verwandte Materien [1]). Beide kommen darin überein, daß bei beiden der Ablauf der Zeit zu ihrer Entstehung erforderlich ist. Diese Zeit ist bei der Verjährung der Regel nach von einer bestimmten, bei der Gewohnheit ist sie eine lange Zeit von einer unbestimmten Dauer. Während dieser Zeit muß, wenn

---

[1]) Wegen der Verwandtschaft, worin beide mit einander stehen, darf es nicht auffallen, daß im römischen Recht bisweilen der Ausdruck *consuetudo* gebraucht wird, wenn von Verjährung die Rede ist. L. 1. §. ult. D. de aqua et aquae pluv. arc. act. L. 1. C. de serv. Klötzer a. a. O. S. 301. Hingegen in folgender Stelle scheint der Ausdruck consuetudo in gewöhnlicher Bedeutung gebraucht zu seyn. *L. 13. §. 1. D. Com. Praed. Si constat, in tuo agro lapidicinas esse: invito te, nec privato vel publico nomine, quisquam lapidem caedere potest, cui id faciendi jus non est: nisi talis consuetudo in illis lapidicinis consistat, ut si quis voluerit ex his caedere, non aliter hoc faciat, nisi prius solitum solatium pro hoc domino praestat: ita tamen lapides caedere debet, postquam satisfaciat domino: ut neque usus necessarii lapidis intercludatur; neque commoditas rei, jure, domino adimatur.* Dasselbe dürfte auch gelten von *L. 6. C. de serv. Praeses provinciae usu aquae, quam ex fonte juris tui profluere allegas, contra statutam consuetudinis formam carere te non permittet: cum sit durum et crudilitati proximum, ex tuis praediis aquae agmen ortum, sitientibus agris tuis, ad aliorum usum vicinorum injuria propagari.* Es scheint hiernach, daß die Gewohnheit, wie das Gesetz, auch eine Art von Gerechtigkeit oder Dienstbarkeit hervorbringen könne. Und dabei ist merkwürdig, daß der Grundsatz: Servitute civiliter est utendum, auch auf diese Art von Gerechtigkeit angewandt wird.

auch in Zwischenräumen, immer dasselbe geschehen oder unterblieben seyn. Der Ablauf der Zeit und ein während derselben unverändert fortdauernder Zustand verändern den Rechtszustand; sie machen, daß dasjenige, was bisher de facto geschah, fortan de jure geschieht oder unterbleibt. Aus dem thatsächlichen Zustand wird im Verlauf der Zeit ein gesetzmäßiger.

Aber beide sind auch wieder sehr verschieden. Die Gewohnheit ist ein Gesetz, welches alle im Staat oder in diesem Theil des Staats verbindet. Die Verjährung macht kein Gesetz für alle, sondern verändert nur das Rechtsverhältniß, worin Einzelne zu Einzelnen stehen. Wenn man das, worin alle einzelne Arten der Verjährung zusammen treffen, ausdrücken will, ist sie Verlust eines Rechts, der sich darauf gründet, daß Jemand eine Zeit lang von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht hat. Besitz liegt nicht bei aller Verjährung zum Grunde, sondern nur bei der erwerbenden. Die erwerbende tilgt Rechte Einzelner, indem sie zugleich für andere Einzelne dergleichen begründet. Bei der Gewohnheit bringt der Ablauf der Zeit ein Gesetz hervor; die Verjährung kann nur für Einzelne Befugnisse hervorbringen, wie sie dergleichen auch nur tilgen kann.

Die Gewohnheit, die als ein Gesetz für alle gelten soll, bedarf zu ihrer Entstehung nicht der Thätigkeit bestimmter Individuen, und eben dieß ist der Fall, wenn sie aufhören soll. Sie hört auf, wie ein Gesetz, durch ein neueres Gesetz oder durch eine andere Gewohnheit, und ist, gleich dem Gesetz, dem Willen desjenigen unterworfen, dem die höchste Gewalt im Staat zusteht [2]). Der Ein-

---

[2]) J. H. Böhmer, der die Ge- | wohnheit mit der Verjährung, na-

zelne, dem die bisherige Gewohnheit zum Vortheil gereichte, der in Folge der Gewohnheit bisher gewisse Rechte genoß, die nicht seiner Person ankleben, sondern ihm nur als einem Bürger des Staats, so lange das Gesetz fortdauerte, zustanden, hat dabei keine Stimme und kann die Aufhebung der Gewohnheit durch ein Gesetz — nicht hindern. Die Verjährung hingegen geschieht unter gewissen bestimmten Personen und nach ganz anderen Regeln; das durch sie erworbene Recht kann dem Erwerber wider seinen Willen nicht wieder entzogen werden; der Verlierende kann es nicht wieder erlangen, als auf eben die Art, wie es überhaupt erworben werden kann. Darin kömmt die Verjährung wieder mit der Gewohnheit überein, daß beide keine Unterbrechung dulden.

Obwohl an sich verschieden, können beide in ihren Wirkungen zusammen treffen. Aber die Wirkungen der Verjährung reichen nicht so weit, als diejenigen reichen, welche die Gewohnheit erzeugen kann. Die Gewohnheit kann mit einem geringeren Aufwand von Mitteln größere Wirkungen hervorbringen. Während die Verjährung nur Rechte für Einzelne gegen Einzelne hervorbringen kann, hat die Gewohnheit, nicht bloß in Hinsicht auf Einzelne, auch eine zwingende Gewalt. Sie kann nicht nur zu Unterlassungen, sondern auch zu positiven Handlungen verpflichten. Die Verjährung würde sich möglicherweise auf den Erwerb eines *juris prohibendi* beschränken; die Gewohnheit kann

mentlich der unvordenklichen, vergleicht, (Ex tom. 5. ex 83.) bemerkt von der Gewohnheit, sie könne, wie eine andere Lex publica, abgeändert und aufgehoben werden und sey dem *arbitrio supremi legislatoris* unterworfen. S. auch Klötzer a. a. O. S. 301 folg.

auch ein *jus cogendi* mit sich führen. Denn, wie wir gehört haben, alles, was ein Gesetz kann, das kann, ungleich der Verjährung, auch die Gewohnheit.

## Eine kleine Zugabe.

Auch ohne Gesetz zu seyn, hat die Gewohnheit, wenn Rechtsverhältnisse dadurch geordnet werden, schon an sich ihren Werth; es fehlt ihr, wenn es auch kein gesetzliches ist, nicht an Ansehen. Ohne alle Kraft hätte sie gar nicht Gewohnheit werden können und ist sie es geworden, so wächst ihre Kraft mit ihren Jahren. Ungerne wird man sich entschließen, von einer alten und guten Gewohnheit wieder abzugehen. Ist es nicht wünschenswerth, in Fällen, wo Gesetze fehlen, eine feste Regel zu haben, wornach jeder sich richten kann? Und hat sich eine solche durch Gewohnheit gebildet, soll man sie, die vielleicht einem dringenden Bedürfniß abhalf, bei Seite setzen und die Erwartungen desjenigen täuschen, der sich nach der bisherigen Regel richtete und seine Einrichtungen darnach traf? Muß man es nicht bedenklich finden, von einer alten Gewohnheit, wenn sie sonst nicht zu tadeln ist, abzuweichen? Nein, die Gewohnheit wird bei Feststellung von Rechtsverhältnissen in Fällen, wo Gesetze fehlen, wo es keine gibt oder geben kann, immer ihren Werth behaupten; es wird, wenn es auch nicht nothwendig ist, leicht geschehen, daß man zu ihr seine Zuflucht nimmt und sie sich geltend macht.

Aber in der Gewohnheit ist außer ihrer innern Stärke und dem Ansehen, was ihr das Alter gibt, nichts, was sie aufrecht erhalten könnte; wie groß ihr Werth und ihr Ansehen seyn mögen, die Kraft eines Gesetzes hat sie immer

nicht; soll sie diese erlangen, so muß sie ihr von außen mitgetheilt werden.

Hiernach ist leicht zu ermessen, was es mit dem sogenannten Völkergewohnheitsrecht eigentlich für eine Bewandniß hat. Unter den Völkern in ihrem Verhältniß zu einander kann wohl von Gewohnheiten, aber nicht von einem Gewohnheitsrecht die Rede seyn, nicht von Gebräuchen, die, weil sie bisher befolgt sind, ferner befolgt werden müßten. Nichts desto weniger hat man aus Gewohnheiten der Völker ein Völkergewohnheitsrecht — ein jus gentium consuetudinarium — hergeleitet. Unter Anderen lehrt Vattel, nach Wolf, daß die Gewohnheit, wenn sie an sich selbst gleichgültig, noch mehr aber, wenn sie nützlich und vernünftig sey, für die Nationen verbindlich sey, die, als ob sie ihre Einwilligung dazu ertheilt hätten, geachtet werden und sie so lange zu beobachten schuldig seyn sollen, bis sie ausdrücklich erklärt hätten, sie nicht länger befolgen zu wollen [1]).

Was schon Hobbes und Pufendorf lehrten, es gebe überhaupt kein vom Naturrecht verschiedenes Völkerrecht, ist zu offenbar gegründet, als daß es einen Augenblick bezweifelt werden könnte. Wo ist hier ein Oberer, auf dessen Stimme zu hören, dessen Gesetzen die Völker zu gehorchen verbunden wären? Was man Völkerrecht zu nennen beliebt, besteht aus natürlichem Recht, angewandt auf das Verhältniß der Völker gegen einander, oder aus Gebräuchen im Krieg oder Frieden, die unter gesitteten Völkern mehr oder weniger für heilig gehalten werden, in Ansehung deren der eigene Vortheil eines jeden Volkes er-

---

[1]) Vattels Völkerrecht, erster Theil, §. 26.

heischt, daß sie nicht verletzt werden, die aber deshalb keine Gesetze sind und keine gesetzliche Kraft haben [2]).

Daraus, daß ein Volk bisher gewisse Handlungen vorgenommen hat, folgt nicht, daß es verbunden seyn wolle, ferner so zu handeln, und was aus der einzelnen Handlung nicht zu schließen ist, das kann auch aus vielen derselben Art nicht geschlossen werden; wäre aber ja in einzelnen Fällen eine stillschweigende Einwilligung als vorhanden anzunehmen, so würde diese, in ihren Wirkungen auf die Personen der Paciscenten beschränkt, den Grund der Verbindlichkeit enthalten und es der Bestätigung durch die Gewohnheit nicht erst bedürfen. Beide, die stillschweigende Einwilligung und die Gewohnheit, werden hier ungebührlich mit einander vermengt.

Ueberhaupt hat die ganze Lehre von dem Völkergewohnheitsrecht keine Haltung und keinen inneren Zusammenhang; denn, wenn die Gewohnheit wirklich verbindlich wäre, so würde sie nicht nach Willkühr wieder aufgerufen werden können. Ist sie das aber nicht, so bedarf es keiner Aufrufung. Es ist freilich sehr zu tadeln und erregt allgemeinen Unwillen, wenn gute Gewohnheiten unter den Völkern verletzt werden, da man sich vielmehr bemühen sollte, das Verhältniß unter ihnen immer friedlicher und freundschaftlicher und vollkommener zu machen, aber von Verletzung einer Verbindlichkeit kann hier doch eigentlich nicht die Rede seyn, eben so wenig wie überhaupt von einem Gewohnheitsrecht. Wie kann das ein Gewohnheitsrecht genannt werden, was nur so lange Recht ist, als der Eine

---

2) *Hobbes* de cive, cap. XIV. 4. 5. *Pufendorf* de jure naturae et gentium Lib. 2. cap. 3. §. 23.

Eine oder Andere es dafür gelten lassen will? Selbst die Aufkündigung, die dem Bruch der Gewohnheit vorhergehen soll, ist mehr eine Forderung der Billigkeit, als des strengen Rechts.

Wenn nun gleich die Gewohnheit nach außen keine gesetzliche Kraft hat und sie nicht haben kann, wiewohl es leicht möglich ist, daß sie wie ein Gesetz befolgt wird, so kann sie doch im Innern einzelner Staaten nach dem Willen desjenigen, der das Heft in Händen hat und dem es zusteht, die Gesetze zu geben, die Kraft eines Gesetzes erlangen, nachdem sie vielleicht schon lange vorher das Ansehen eines solchen behauptet hat.

Es ist sehr natürlich und die Geschichte bestätigt es, daß beim Mangel von Gesetzen über öffentliche und Privatangelegenheiten Gewohnheiten entstehen, die ohne gesetzliche Kraft eben so treu oder vielmehr treuer, wie Gesetze, befolgt werden. Wenn sich jetzt ein neuer Staat bildete, so würde man im Stande seyn, mit einem vollständigen Gesetzbuch den Anfang zu machen; an der Wiege der alten Staaten gab es der Gesetze nur wenige, Gewohnheiten mußten überall deren Stelle vertreten. Die Jahrhunderte hatten noch nicht ihre Schätze aufgehäuft, die zur Entscheidung von Rechtsfällen aller Art die Regeln dargeboten hätten; man würde sie auch nicht zu benutzen verstanden und bei einfachen Sitten ihrer auch nicht bedurft haben. Die Sammlungen der altdeutschen Gesetze sind Sammlungen der altdeutschen Gewohnheiten; das Longobardische Lehnrecht besteht größten Theils aus Gebräuchen. Auch die Römer lebten zu Anfange mehr nach Gewohnheiten, als nach geschriebenen Gesetzen [3]). Noch jetzt enthält das rö-

[3]) L. 2. §. 1. 3. D. de origine juris.

mische Recht viel, was seinem ersten Ursprung nach nichts als Gewohnheit ist. Pleraque in jure non legibus, sed moribus constant, bemerkt Quinctilian [4]).

Das römische Recht äußert überall die größte Achtung vor der Gewohnheit. Unzählige Stellen reden von dem Gebräuchlichen, wie von dem Gesetzlichen. Es räumt der Gewohnheit die volle Kraft des Gesetzes ein. Sie kann nicht nur die Lücken der Gesetzgebung ausfüllen, sondern auch das geschriebene Gesetz verändern, es aufheben, den Sinn desselben bestimmen. Ueberhaupt, alles was das geschriebene Gesetz kann, das kann auch das ungeschriebene und was von jenem gilt, gilt auch von diesem.

Den Grund der gesetzlichen Kraft der Gewohnheit leiten die römischen Rechtsgelehrten aus der Gewalt des Volks her, welches hier seinen Willen durch Handlungen tacite erklärt; in der That aber beruht diese Kraft in den positiven Gesetzen. Wenn man es genau nehmen will, kann man selbst nicht einmal sagen, das Volk gebe hier das Gesetz; nein, auch dort, wo Gesetze als Gewohnheiten gelten, gibt nicht das Volk das Gesetz; die höchste Staatsgewalt gibt es auch in diesem Fall, indem es einer bisher de facto als Gesetz befolgten Norm unter gewissen Bedingungen die Kraft eines Gesetzes im voraus beilegt. Man kann nur sagen, das Gesetz sey ursprünglich vom Volk ausgegangen; aber Gesetz ward es doch erst durch diejenige Gewalt im Staat, der es zusteht, die Gesetze zu geben. Sie benutzte den vom Volk gelieferten Stoff, um das zum Gesetz zu erheben, was bisher als Gesetz befolgt ward. Auf ähnliche Art wird ein fremdes Ge-

---

[4]) Instit. orat. L. 5. cap. 10.

setz durch Aufnahme ein einheimisches. Der fremde Staat gibt es uns nicht, die wir es aufnehmen, — wiewohl man sich so ausdrücken könnte; — wir geben das ursprünglich fremde uns selber.

In keinem Lande, von welcher Art die Verfassung desselben auch seyn mag, kann Gesetz durch bloße Gewohnheit entstehen, überhaupt keine Veränderung im Rechtszustande de jure durch sie hervorgebracht werden. Räumt aber die höchste Gewalt der Gewohnheit die Kraft ein, Gesetze zu geben und sogar die von ihr gegebenen zu vernichten, so entsteht eine Art von Doppelherrschaft. Zwei Mächte arbeiten unabhängig von einander an der Gesetzgebung und jede kann die Werke der anderen zerstören. Indessen, von dem Standpunkt bloßer Speculation aus gesehen, sieht die Sache viel gefährlicher aus, als sie in der Wirklichkeit ist. Bei allen Gewohnheiten ist immer darauf gerechnet, daß nichts zur Gewohnheit werden wird, als was allgemeine Billigung hat und daß die Sache an sich gut und vernünftig sey, hat das Gesetz ohnehin zur Bedingung gemacht. Nachtheilige Folgen sind also nicht zu besorgen. Es geschieht auch so leicht und so häufig nicht, daß Gewohnheiten sich bilden, wenigstens solche, wodurch Gesetze gegeben werden. Dieß pflegt nur da zu geschehen, wo die Gesetzgebung für ein vorhandenes Bedürfniß nicht oder wenigstens nicht gehörig gesorgt hat. Daher schreiben sich die Gewohnheiten meistens aus alter, sehr alter Zeit her; daß jetzt noch viel dergleichen entstehen sollten, ist kaum zu erwarten; an ein planmäßiges Zusammenwirken Mehrerer zu diesem Zweck ist ohnehin niemals zu denken. Auch behält die höchste Gewalt immer das Heft in Händen; sie kann nicht nur die Gewohnheit aufheben und hat dabei viel we-

niger Mühe, als in gleichem Fall die Gewohnheit hat, sondern sie kann auch jeden Augenblick, indem sie die Gewalt zurücknimmt, die sie der Gewohnheit eingeräumt hat, ihre Nebenbuhlerinn aus dem Wege räumen.

Leichter, als Gesetze durch Gewohnheiten entstehen, trägt es sich zu, daß geschriebene durch sie aufgehoben werden. Dieß geschieht noch alle Tage. Die Lehrbücher, besonders des Criminalrechts, bezeugen auf jeder Seite, daß dieses oder jenes Gesetz außer Gebrauch gekommen sey, nach dem Gerichtsgebrauch etwas Anderes gelte u. s. w. Der Grund dieser Erscheinung liegt in der Mangelhaftigkeit menschlicher Einrichtungen und in der Veränderlichkeit der Umstände, der Menschen und ihrer Gesinnungen. Wenn das Gesetz zur Anwendung gebracht werden soll, wenn der Fall vorkömmt, für den es gegeben ist, dann sieht man erst recht, wie unausführbar, wie unzweckmäßig, wie untauglich das Gesetz sey. Dem Richter, der den individuellen Fall vor Augen hat, erscheint das Gesetz oftmals in einem ganz anderen Licht, als dem Gesetzgeber. Und wenn auch das Gesetz damals, als es gegeben ward, gut und zweckmäßig gewesen ist, so kann es leicht seyn, daß es im Verlauf der Zeit seinen Werth verliert, daß es zu dem Zustand, zu welchem die Gesellschaft späterhin fortgeschritten ist, nicht mehr paßt, daß es den Forderungen einer folgenden Zeit kein Genüge mehr leistet. Während dann eine träge Staatsgewalt versäumt, die Mängel der Gesetzgebung zu verbessern, hilft das Volk sich selbst, indem es das unpassende Gesetz nicht mehr befolgt und auch die Richter sind geneigt, sich darüber hinwegzusetzen. Und ist dieß nur erst einmal geschehen von einem Richter, nehmen leicht folgende Richter ein Beispiel daran, was die Scheu vor der Verletzung des Ge-

setzes überwindet. Dann stirbt das Gesetz an inneren Gebrechen oder vor hohem Alter.

Die Alten haben darüber gestritten, was wohl den Vorzug verdiene, das Gesetz, das geschriebene, oder die Gewohnheit. Einige loben die Gewohnheit auf Kosten des Gesetzes, sie preisen das Volk glücklich, was nur nach Gewohnheiten lebt; Andere erheben das Gesetz und achten die Gewohnheit dagegen für geringe. Zu ihnen gehört Leyser, welcher den Satz aufstellt: Jus scriptum longe praestantius est jure non scripto, und dieß Thema weitläuftig zu beweisen sich bemühet [5]). Mir gefallen beide, wenn sie es ihres Inhalts wegen verdienen. Wenn man aber von dem Inhalt hinwegsieht, wenn der Rangstreit zwischen beiden entschieden werden soll, dann läßt sich freilich manches zum Lobe des Gesetzes und manches zum Lobe der Gewohnheit sagen, im Allgemeinen scheint aber das Gesetz den Vorzug vor der Gewohnheit zu behaupten, der ihm von Rechtswegen gebührt. Die Gewohnheit pflegt zwar aus Bedürfnissen und Neigungen eines Volks, aus den Umständen, worin es sich befindet, hervor zu gehen und es ist glaublich, daß sie ihnen entspricht, weil sie sonst nicht füglich hätte entstehen können. Es ist auch natürlich, daß man lieber einen Gebrauch befolgt, als sich dem Willen eines Anderen unterwirft. Die Liebe der Freiheit wird nicht verletzt, wenn man der Gewohnheit folgt, wohl aber, wenn man dem Gebot eines Obern gehorchen soll. Die alte, aus dem Volk selbst hervorgegangene Gewohnheit wurzelt stärker, wie das Gesetz. Ja, unter einem Volk, was am Alten hängt, kann sie so mächtig werden, daß der

---

[5]) *Leyser* spec. 9. med. 1.

Regent es oftmals nicht wagen dürfte, sie anzutasten, aus Furcht, sein Ansehen bloß zu geben. Aber die Gewohnheit ist doch eigentlich nur ein Nothbehelf; sie kann das Gesetz nie verdrängen, sondern nur bei der Gesetzgebung eine untergeordnete Rolle übernehmen. Es liegt in ihrer Natur, daß dadurch kein vollständiges System der Gesetzgebung aufgebaut werden kann; nur einfache — und ich mögte beinahe sagen, kurze — Regeln, die den Verstand der Menge nicht übersteigen, Regeln, wie das Sprichwort sie zu geben pflegt, können dadurch über gewöhnliche Angelegenheiten des gemeinen Lebens aufgestellt werden. Die Gewohnheit erstreckt sich auch selten über ein ganzes Land; sie hat gewöhnlich nur in einer Provinz oder in einem noch kleineren Bezirk, einer Stadt u. s. w., ihren Sitz. Besteht nun die Gewohnheit neben dem geschriebenen Gesetz, so bringen dergleichen besondere Gebräuche eine Verschiedenheit der gesetzlichen Normen in demselben Lande hervor; in dem einen Ort ist Recht, was vielleicht eine Stunde von dort Unrecht ist. Selbst das Daseyn der gesetzlichen Norm ist bei der Gewohnheit ungewiß. Daß ein Gesetz von diesem Inhalt gegeben sey, ist selten oder niemals zweifelhaft; bei der Gewohnheit entsteht fast immer oder doch sehr häufig ein Streit darüber, ob sie wirklich vorhanden und ob und worauf sie eigentlich gerichtet sey, und es muß darüber erst ein Beweis geführt werden, ehe man zu der Sache selbst kommen kann, worüber gestritten wird.

# V.

# Vom Beweise einer Gewohnheit.

---

(Im November 1834.)

## §. 1.

## Vom Beweise einer Gewohnheit im Allgemeinen.

Die Gewohnheit muß — darin stimmen alle überein, auch erhellet es aus mehreren Gesetzstellen [1]. — bewiesen werden. Und wenn die Rechtsgelehrten es auch nicht lehrten, und auch keine Stellen des römischen und canonischen Rechts dafür angeführt werden könnten, würde es schon aus allgemeinen Grundsätzen folgen. Dem Richter, welcher in den Stand gesetzt werden soll, über die streitige Sache richtig urtheilen zu können, muß, außer gemeinen und Rechtskenntnissen, nämlich Kenntnissen geschriebener Gesetze, alles Uebrige gegeben werden, was zur Bestätigung der Behauptungen eines streitenden Theils dienen kann, wenn er nicht etwa im Stande ist, es sich durch Anschauung selbst zu verschaffen. Namentlich müssen alle Thatsachen bewiesen werden, und das Daseyn einer Gewohnheit ist eine Thatsache. Die Gewohnheit gilt zwar wie ein Gesetz,

---

[1]) L. 3. §. 6. D. de testibus. L. 1. C. Quae sit longa consuet. L. 3. C. de aedificiis priv.

daß aber eine Gewohnheit eingeführt, — ein solches Gesetz gegeben sey, — ist res facti. Selbst jener Pontifex, der alle Gesetze im Herzen trug, der von sich selbst rühmt: se omnia jura in scrinio pectoris sui habere, räumt ein, die Gewohnheiten einzelner Oerter, da sie „*facti sunt et in facto consistunt*,“ könne er nicht kennen [2]). — Führen muß den Beweis derjenige, der sich auf die Gewohnheit beruft und dadurch vortheilhafte Wirkungen für sich hervorbringen will. Des Beweises bedarf es nur dann nicht, wenn die Gewohnheit bereits in anderen Fällen bestritten, bewiesen, vom Richter als vorhanden anerkannt [3]), oder wenn sie notorisch ist.

Der Beweis einer Gewohnheit pflegt aber verzweifelt schwer zu seyn. An sich ist er es wohl so sehr eben nicht. Es ist nur deshalb so schwer, daß der Beweis einer Gewohnheit gelingt, weil es so schwer ist, daß eine sich bildet.

So schwer es ist, eine Gewohnheit zu beweisen, so leicht ist es, zu sagen, was muß bewiesen werden. Das *thema probandum* ist das Daseyn der behaupteten Gewohnheit, in so fern sie tauglich seyn würde, bei der Entscheidung des gegenwärtigen Streits eine Norm abzugeben. Da das Daseyn einer Gewohnheit ein allgemeiner Satz ist, der aus der Vereinigung mehrerer einzelnen hervorgeht, so ist der Beweis auf das Daseyn dieser einzelnen Sätze oder Merkmale zu richten; die einzelnen Erfordernisse des Gewohnheitsrechts müssen bewiesen

---

[2]) cap. 1. de constitut. in sexto.

[3]) S. den fünften Theil dieses Werks.

werden. Im Allgemeinen muß dargethan werden, daß ein gewisser Satz als eine zu beobachtende Regel für alle Fälle dieser Art häufig und seit langer Zeit befolgt worden. Es scheint indessen zu genügen, wenn nur die häufig und seit langer Zeit geschehene Befolgung des Satzes bewiesen wird; daß dieser Satz als eine zu beobachtende Regel für alle Fälle dieser Art befolgt sey, wird aus der Natur der Handlungen zu beurtheilen seyn und es wird in dieser Hinsicht schon hinlänglich seyn, wenn die Handlungen nur nicht den Charakter der Willkührlichkeit an sich tragen. Es wird genügen, wenn die Vielheit der Handlungen — die *frequentia actuum* — und die Länge der verflossenen Zeit, in welcher sie, durch Zwischenräume getrennt, sich ereignet haben, — die *temporis diuturnitas* — bewiesen wird. Mehr erfordern auch die Alten zum Beweise einer Gewohnheit nicht; es sey genug, sagen sie, wenn frequentia actuum und temporis diuturnitas erwiesen werden [4]). Daß die Gewohnheit nicht durch entgegenstehende Handlungen unterbrochen worden, braucht derjenige nicht zu beweisen, der die Gewohnheit beweisen soll. Dieß gehört zum Gegenbeweise. Endlich, die Vernunftmäßigkeit der Gewohnheit ist kein Gegenstand des Beweises, sondern steht zur Beurtheilung des Richters. Von der Art, wie das Urtheil des Richters in dieser Hinsicht ausfällt, wird es, gleichwie von einer Vorfrage, abhängen, ob es hier überhaupt des Beweises bedürfe und der streitende Theil zum

---

4) *Struv.* syntagma tit. de legibus §. 21. not. a. *Berger* oeconomia juris p. 14. *Cramer* observ. jur. un. tom. 3. obs. 847. §. 27. *Lauterbach* Coll. theor. pract. h. t. §. 42. *Mev.* P. 2. dec. 3.

Beweise zuzulassen sey; beim Beweise selbst kann sie nicht weiter in Betrachtung kommen.

Was nun von der Gewohnheit gesagt ist, gilt auch von der Entwöhnung. Die Entwöhnung ist eine Art der Gewohnheit und hat dieselben Erfordernisse, wie diese. Es muß also bewiesen werden, wie das Gesetz seit langer Zeit häufig anwendbar gewesen und eben so häufig nicht angewandt sey. Es müssen, m. a. W., häufig Fälle vorgekommen seyn, wo das hätte geschehen müssen, was das Gesetz verordnet hat, wenn man es zur Richtschnur genommen hätte, und es muß das Gegentheil geschehen seyn; dabei müssen jene Fälle durch einen langen Zeitraum vertheilt seyn.

## §. 2.

## Verschiedenheit dieses Beweises von dem Beweise in Ansehung der Sache selbst.

Durch den Beweis einer Gewohnheit wird das Daseyn einer in Fällen dieser Art zu befolgenden Norm, eines Gesetzes, bewiesen. In den gewöhnlichen Fällen, die bei Gericht vorkommen, ist ein Beweis über das anzuwendende Gesetz nicht nöthig, sondern das Gesetz ist da und der Streit betrifft bloß die Thatsachen, die den Uebergang des Rechts aus dem Gesetz vermitteln; wenn daher Beweis zu führen ist, so betrifft er Thatsachen dieser Art, die der Gegner bestritten hat. Hier aber ist es anders. Hier soll zuvörderst bewiesen werden, daß ein Gesetz und zwar von diesem Inhalt — eine Gewohnheit dieser Art — hier vorhanden sey. Ein solcher Beweis kann nur ein vorläufig zu führender seyn. Es handelt sich hier bloß von der Frage,

nach welcher Regel dieser Fall zu beurtheilen sey, ob nach der Gewohnheit oder nach anderen Regeln, denjenigen nämlich, welche anwendbar sind, wenn die Gewohnheit nicht vorhanden ist. Die Entscheidung ist eine andere, je nachdem die hier zum Grunde zu legende Norm eine andere ist. Die Frage also, ob die Gewohnheit vorhanden sey oder nicht, muß vor allen Dingen erst abgemacht werden. Sie ist der Obersatz in dem Schluß, den der Richter machen soll und steht daher billig voran. Wenn daher, außer der Gewohnheit, noch sonst etwas an Thatsachen, was in näherer Beziehung auf den gegenwärtigen Fall steht, zu beweisen ist, wenn auch der Untersatz des Schlusses dem Richter durch Beweisführung gegeben werden muß, wie dieß in Fällen, da über das anzuwendende Gesetz kein Streit ist, alle Tage erforderlich ist, so müßte dieser Beweis eigentlich bis zur Entscheidung jener Präliminarfrage ausgesetzt bleiben, weil man zur Zeit noch nicht weiß, ob es überhaupt von Nutzen seyn kann, diesen zweiten Beweis zu führen, ob Mühe und Kosten, die darauf verwandt werden, nicht vielleicht unnütz verschwendet werden.

## §. 3.

## Muß die Gewohnheit specifice bewiesen werden?

Nach der Lehre der Alten muß die Gewohnheit *specifice* bewiesen werden [1]). Es ist nicht genug, zu beweisen, daß überhaupt eine Gewohnheit, sondern es muß bewiesen

---

[1]) *Kemmerich* de probatione consuetudinis sect. 2. §. 8. Non solum actus probationis loco allati inter se debent esse conformes, sed et intuitu causae controversae. Unde aliud emergit

werden, daß eine Gewohnheit dieser besonderen Art vorhanden sey, wie der streitende Theil, der sich auf sie beruft, sie gerade nöthig hat, damit dieser Streit einen ihm vortheilhaften Ausgang gewinne. Dieß wird es seyn, was die Alten meinen, wenn sie sagen, eine Gewohnheit müsse *specifice* bewiesen werden. Communis est doctrina, bemerkt Leyser, consuetudinem specifice probari, hoc est, ostendi debere, illum ipsum casum, de quo nunc controvertitur, eundem prorsus in modum alio tempore extitisse. Consuetudo, inquiunt DD., non tantum plene est probanda, sed et in specie specialissima demonstrari et probari debet. Leyser selbst hält dieß nicht immer für nothwendig, sondern glaubt, es sey schon hinlänglich, wenn die Gewohnheit nur in genere bewiesen wird [2]). Nach meinem Ermessen muß der streitende Theil, wie sonst, alles beweisen, was in dieser Hinsicht zur Begründung seines Verlangens nöthig ist, nicht mehr und nicht weniger. Wie viel nun in dieser Hinsicht jedesmal nöthig sey, muß der Richter nach den jedesmaligen Umständen ermessen. Vielleicht könnte folgendes einfache Mittel dazu beitragen, ihm auf die Spur zu helfen. Das Gesetz, wornach Streitigkeiten zu entscheiden sind, kennt der Richter, wenn es ein geschriebenes ist. Hier ist aber von einem ungeschriebenen, von einer Norm die Rede, welche die Stelle des Gesetzes vertritt und deren Daseyn und Inhalt dem Richter zur Zeit noch unbekannt sind. Der Richter darf sich daher nur die Frage vorlegen, von welchem Inhalt müßte ein Gesetz und was würde in

---

requisitum, priori affine, consuetudinem specifice esse probandam, ita, ut actus, quibus invaluit, praecise speciem, de qua agitur, concernat; si quidem alias probatio hujusmodi foret frustranea.

2) *Leyser* spec. 9. med. 8.

dieser Hinsicht erforderlich und hinlänglich seyn, wenn dieser Fall nach dem Verlangen des streitenden Theils entschieden werden sollte. Hiernach kann es sich richten, wenn der Beweissatz bestimmt werden soll, hiernach, — in so fern die Fassung des rechtskräftig gewordenen Beweisinterlocuts nicht im Wege steht, — wenn über die Frage zu urtheilen ist, ob der streitende Theil den aufgelegten Beweis vollführt habe. Gewöhnlich wird es schon genügen, wenn das Daseyn eines allgemeinen Satzes bewiesen wird und es wird nicht nöthig seyn, das Daseyn eines besonderen, dem gegenwärtigen Fall sich mehr annähernden, zu beweisen, da ja das Allgemeine das Besondere unter sich begreift. So genügte es allerdings, um bei dem von Leyser angeführten Beispiel zu bleiben, wenn bewiesen ward, das Sachsenrecht sey überhaupt in Erbschaftsfällen in Magdeburg durch Gewohnheit eingeführt, und es war keinesweges nöthig, zu beweisen, daß in Fällen der besonderen Art, wovon hier die Rede war, nämlich, da Mutterbruderkinder mit Kindern der Halbgeschwister concurriren, man sich sonst immer nach Sachsenrecht gerichtet habe. Ich will nicht gerade behaupten, daß nicht Fälle vorkommen können, in welchen es nöthig ist, zu beweisen, daß gerade unter Umständen, wie diejenigen sind, unter denen der gegenwärtige Fall steht, dieß oder jenes früher also beobachtet sey, in welchen m. a. W. frühere Handlungen oder Vorgänge, die gerade wie der jetzige beschaffen sind, bewiesen werden müssen; aber im Allgemeinen scheint dieß nicht erforderlich zu seyn.

## Zusatz.

Die ganze Lehre, oder, man kann wohl geradezu sagen, den ganzen Irrthum, die Gewohnheit müsse speciell be-

wiesen werden, hat Kaiser Alexander veranlaßt, welcher in einer Stelle des Codex sich so ausdrückt: Praeses provinciae probatis his, quae in oppido frequenter *in eodem controversiarum genere* servata sunt, causa cognita statuet [3]). Diese Worte: in eodem controversiarum genere, schienen irgend einem Rechtsgelehrten von besonderer Bedeutung zu seyn. Er legte ein großes Gewicht und wenigstens ein größeres darauf, als derjenige, von dem sie herrühren, darauf gelegt wissen wollte. Es soll ja bewiesen werden, was früher *in eodem controversiarum genere* beobachtet ist. Also muß, dachte er, der jetzt zu entscheidende Fall gerade so beschaffen seyn, wie jene waren, in denen die Gewohnheit früher befolgt ward. Der gegenwärtige Fall muß alle die Eigenschaften an sich haben, die jene hatten, aus denen die Gewohnheit sich gebildet hat. Die Gewohnheit muß also *specifice* oder *in individuo* bewiesen werden. Andere sprachen dieß nach, und die Rechtswissenschaft — war um einen falschen Satz reicher geworden.

Gegen die Wahrheit desselben mußte schon der Umstand mißtrauisch machen, daß beim Beweise nichts vorkommen kann, wovon nicht schon unter den Erfordernissen der Gewohnheit die Rede gewesen ist. Wäre jenes wirklich erforderlich, müßte bewiesen werden, daß die früher vorgekommenen Fälle dem gegenwärtigen völlig gleich sind, oder umgekehrt, so könnte überhaupt nie eine Gewohnheit bewiesen werden und zunächst schon gar keine entstehen. Im Grunde sind die Fälle, aus denen die Gewohnheit entsteht, einander nie völlig gleich, sondern, wie alles Individuelle, muß jeder seine Eigenthümlichkeiten an sich haben. Darauf kommt es hier

[3]) L. 1. C. Quae sit longa consuet. *Mev.* P. 4. dec. 3. nota 7.

hier auch gar nicht an, daß die Fälle einander gleich sind; sie kommen hier überhaupt nur in so fern in Betrachtung, als bei ihnen eine gewisse Regel befolgt ward. Diese Fälle könnten unter einander oder von dem gegenwärtigen so verschieden seyn, wie sie immer wollen; es würde genug seyn, daß in allen dieselbe Regel befolgt ward. Gewöhnlich werden sie einander ähnlich seyn, weil sonst der Fall nicht eintreten könnte, daß dieselbe Regel auf sie angewandt ward. Aber ein Erforderniß ist dieß nicht. Auf die Fälle kommt es hier nicht an, sondern auf das, durch sie mehr veranlaßte, als begründete, Gesetz. Die Gewohnheit soll ja einen allgemeinen Satz aufstellen, der bloß bei individuellen Fällen, wobei nach ihm die Frage seyn konnte — *in eodem controversiarum genere* — befolgt ward. Nicht nöthig ist es, darnach zu forschen, ob der gegenwärtige Fall mit den früheren von gleicher oder ähnlicher Beschaffenheit sey, wenigstens im Allgemeinen nicht, wohl aber ist nöthig, daß die Gewohnheit der Frage, wie das geschriebene Gesetz, auf Fälle der vorliegenden Art anwendbar sey. Ob dieß der Fall sey, steht zur Beurtheilung des Richters. Auf den Beweis scheint dieß ohne Einfluß zu seyn.

## §. 4.

## Von den Mitteln des Beweises. Urkunden und Zeugen.

Die Mittel, wodurch man dem Richter die Wahrheit einer Thatsache glaubwürdig macht, sind Zeugen und Urkunden [1]). Beide sind auch anwendbar, wenn vom Beweise eines Gewohnheitsrechts die Rede ist.

---

[1]) Probatio — testibus et fide tabular. constat. *c.* 10. X. *de Verb. Sign.*

Den ersten Rang unter den Beweismitteln nehmen die Zeugnisse der Obrigkeit ein. Es ist aber nicht genug, wenn darin das Daseyn der Gewohnheit im Allgemeinen bezeugt wird, vielmehr müssen, wie die Rechtsgelehrten einstimmig lehren, die einzelnen Fälle, in welchem ein gewisser Rechtssatz beobachtet worden, unter Beziehung auf die Acten angeführt seyn [2]). Unter dieser Voraussetzung soll, nach der Lehre der Rechtsgelehrten, durch ein dergleichen Zeugniß eine Gewohnheit vollständig bewiesen werden. Allein, so ausgedrückt, ist dieser Satz zu allgemein gestellt und wenigstens ist es an der bloßen Aufzählung einzelner Fälle und an der Bezugnahme auf die Acten allein nicht genug; es kommt hier vielmehr darauf an, daß die einzelnen Erfordernisse einer rechtsbeständigen Gewohnheit aus dem Zeugniß sich ergeben, dergestalt, daß dem Richter, bei welchem der Beweis geführt wird und der mithin über die Zulänglichkeit desselben urtheilen soll, die Ueberzeugung verschafft wird, die behauptete Gewohnheit sey wirklich vorhanden. Es ist ja nicht überhaupt genug, einigermaßen glaublich zu machen, daß eine Gewohnheit vorhanden sey, sondern sie muß nach allen ihren Erfordernissen vollständig bewiesen werden. Der Richter muß also aus den Zeugnissen ersehen, daß die Regel, wovon die Rede ist, wie eine gesetzliche, so oft und seit so langer Zeit schon befolgt worden, daß man sagen kann, es sey eine eingewurzelte, rechtsbeständige Gewohnheit geworden.

---

[2]) *Mev.* P. 4. dec. 2. *Struv.* syntagma Ex. 2. §. 21. Struben rechtl. Bedenken Theil 5. Bed. 90. *Hert.* responsa, Vol. 1. resp. 536. no. 2. *Reinhardt* ad Christinaeum Vol. 4. obs. 66.

Das zweite Mittel, eine Gewohnheit zu beweisen, sind Zeugen. Ihr Beruf in diesem Fall ist nicht, das Daseyn der Gewohnheit im Allgemeinen zu bezeugen, sondern die einzelnen Handlungen, aus denen die Gewohnheit herzuleiten ist, müssen von ihnen bezeugt werden, auch die Zeit, da sie sich ereigneten, überhaupt alles, was sie aus eigener Erfahrung, ohne dem Richter in's Amt zu greifen, wissen können und was diesen berechtigen kann, auf das Daseyn der Gewohnheit zu schließen. Denn das Daseyn der Gewohnheit ist ein vom Richter aus den Thatsachen herzuleitender Schluß. Jeder einzelne Thatumstand, den der Richter, wenn er jenen Schluß machen soll, als wahr annehmen und benutzen soll, muß wenigstens von zweien Zeugen, die darüber mit einander übereinstimmen, bezeugt werden, wobei es sich von selbst versteht, daß derselbe Zeuge mehrere einzelne Thatumstände zugleich bezeugen kann. Da in anderen Fällen zwei hinlänglich sind, so sind auch hier nicht mehr erforderlich. Die Alten begnügten sich hier zum Theil nicht mit dieser Zahl, sondern verlangten zum Beweise einer Gewohnheit einen ganzen Haufen von Zeugen und bei vielen Gerichten, namentlich in Frankreich und in den Niederlanden, war es zur Gewohnheit gewordener Grundsatz, daß ein solcher Haufen von Zeugen zum Beweise einer Gewohnheit erforderlich sey. Wenigstens mußten ihrer zehn seyn und diese wurden nicht, wie sonst, einzeln, sondern Haufenweise befragt, wobei Einer den Redner machte und Namens Aller versicherte, daß diese Gewohnheit schon lange beobachtet werde. Man nannte dieß *probatio per turbam* [3]).

Wie hier nun theils zu viel, theils doch auch wieder

[3]) A. Faber ad §. 9. J. de jure nat. et gent. *Perez* ad C. h. t. nr. 5.

nicht genug gefordert ward, läßt es sich, glaube ich, auf der anderen Seite nicht rechtfertigen, wenn man beim Beweise einer Gewohnheit und deren einzelnen Handlungen mit testibus singularibus zufrieden ist. Was überhaupt von diesen zu halten sey, darüber habe ich meine Meinung schon früher vorgetragen. Die Lehre der Rechtsgelehrten stimmt hier mit den Rechtsregeln nicht wohl zusammen, wornach zum Beweise wenigstens zwei Zeugen erforderlich sind und Einer so gut ist, wie Keiner; auch wurden testes singulares in Hinsicht auf das Gewohnheitsrecht schon von den alten Rechtsgelehrten nicht einstimmig für hinlänglich gehalten. Vielmehr verwirft sie Gail [4]), läßt sie jedoch in dem Fall wieder zu, wenn die mehreren Zeugen insofern übereinstimmen, daß sie im Allgemeinen das Daseyn der Gewohnheit behaupten und nur darin von einander abweichen, daß jeder zur Bestätigung seiner Behauptung sich auf andere Beispiele beruft. Indessen sind doch Zeugen dieser Art in Hinsicht auf die einzelnen Thatsachen, worauf es gerade ankommt, eben so gut singulares, wie andere; daher muß auch von solchen Zeugen dasselbe gelten, wie von anderen, die keinen Nebenzeugen haben. Die allgemeine Versicherung des Zeugen, dieß oder jenes sey Gewohnheit, hat nicht den allergeringsten Werth; sie hat ihn selbst dann nicht, wenn er viele einzelne Beispiele zur Bestätigung anführt. So lange man nicht weiß, ob sie wirklich vorgekommen sind, können diese Beispiele einzeln nicht, und also auch nicht in ihrer Vielheit, in Anschlag kommen; weiß man dieß aber, dann bedarf man jener allgemeinen Versicherung des Zeugen nicht mehr. — Eher, als testes singulares werden hier,

---

4) 2. obs. 31. nr. 16.

gegen die sonstige Regel, *testes de auditu* zum Beweise beitragen. Wir wissen ja, daß überhaupt, wenn das zu Beweisende sich in alte Zeiten verliert, — *in antiquis*, — auch testes de auditu nicht gänzlich zu verwerfen sind. Es wird also zum Beweise beitragen, insofern das Zeugniß über die Zeit des Zeugen hinausgeht, wenn dieser, was seiner eigenen Erfahrung fehlt, aus den Erfahrungen Anderer ergänzt, indem er bezeugt, er habe von seinen Vorfahren gehört, daß dieß oder jenes schon zu ihrer Zeit im Gebrauch gewesen sey.

Da hier eine alte, eingewurzelte Gewohnheit bewiesen werden soll, hat das Zeugniß der Alten einen besondern Werth. Auch pflegen die Rechtsgelehrten beim Gewohnheitsrecht ein solches Zeugniß besonders werth zu halten und eine Aussage, welche Sage und Ueberlieferung zum Inhalt hat, suo modo gelten zu lassen [5]).

## Zusatz.

Ein allgemeines Zeugniß über das Daseyn einer Gewohnheit hat in der That keinen Werth und am wenigsten, wenn es nackt da steht. Wenn aber der Zeuge aus seiner Erfahrung einzelne Beispiele zur Bestätigung hinzugefügt, so sind es diese Beispiele, nicht jenes abgezogene Urtheil,

---

[5]) *Struv.* syntagma tit. de legibus §. 21. *Kemmerich* de prob. consuet. sect. 2. §. 17. *Hofacker* princ. jur. civ. tom. 1. §. 125. Ein merkwürdiges Beispiel eines durch Zeugen geführten Beweises einer Osnabrückischen Gewohnheit, wornach die Söhne den Nachlaß der Eltern mit Ausschluß der Töchter erben und diese gegen den Empfang einer Aussteuer auf weitere Ansprüche an den Nachlaß Verzicht leisten müssen, bei Pütter Beiträge zum Staats- und Fürstenrecht, Theil 2. Nr. 39.

was zum Beweise dienen kann. Das allgemeine Zeugniß über das Daseyn einer Gewohnheit könnte höchstens insoferne einigen Werth haben, als man daraus schließen könnte, daß der Zeuge nicht anderes wisse, als daß diese Gewohnheit vorhanden sey, daß er von entgegenstehenden Handlungen nicht unterrichtet sey; aber selbst zu diesem Ende scheint es nicht tauglich zu seyn. Befragt werden kann der Zeuge wohl auch im Allgemeinen, und es wird gerade der beßte modus procedendi seyn, wenn man den Zeugen zuvörderst im Allgemeinen fragt. Man frage ihn also, ob die Gewohnheit vorhanden und lasse dann auf eine zweite Frage den Zeugen die Gründe selber angeben, worauf er seine Behauptung stützt. Dann kann man durch eine dritte und vierte Frage u. s. w. nach den besonderen Gründen forschen, aus denen man glaubt, daß der Zeuge die Gewohnheit behaupten wird, wenn er sie nicht etwa von selbst angegeben haben mögte. Die Gründe zur Bejahung können seyn:

1) daß der Zeuge aus eigener Erfahrung weiß, daß ein gewisser Satz in gewissen Fällen beobachtet sey;
2) daß er von Anderen gehört hat, daß dergleichen Fälle früher vorgekommen sind und es eben so gehalten ist;
3) daß ihm keine Fälle bekannt sind, in welchen eine entgegengesetzte Regel befolgt ist; er dieß auch nicht von Anderen gehört hat. Alles dieß, und das Erste am Meisten, trägt dazu bei, dem Richter vom Daseyn der Gewohnheit die Ueberzeugung zu verschaffen; es hilft zum Beweise oder, beziehungsweise, zur Entkräftung des etwa zu führenden Gegenbeweises.

Die Aussagen von Zeugen sind übrigens beim Beweise einer Gewohnheit kein so gutes Mittel, wie die Zeugnisse

der Obrigkeit; wenigstens sind sie es nicht in allen Fällen. Eine Gewohnheit durch Zeugen zu beweisen ist schwerer, als durch obrigkeitliche Zeugnisse; die Schwierigkeit des Beweises wächst in demselben Maaß, wie das Gebiet der Gewohnheit sich erweitert. Denn die Erfahrung des Einzelnen beschränkt sich gewöhnlich auf einen kleinen Kreis. Es kann dadurch bewiesen werden, daß eine Gewohnheit an diesem Ort herrschte; und hier würden schon zwei Zeugen zur Führung eines vollständigen Beweises hinlänglich seyn können [6]). Die Möglichkeit läßt sich gerade nicht läugnen; allein ein Fall dieser Art wird so leicht nicht vorkommen. Denn das würde voraussetzen, daß gerade dieselben Zeugen bei vielen und denselben Begebenheiten zugegen gewesen und aus eigener Erfahrung darüber zeugen könnten. Soll aber die Gewohnheit einer Provinz oder gar eines ganzen Landes bewiesen werden, wie schwer wird es nicht seyn, diesen Beweis durch Zeugen zu führen! Wie viele Zeugen aus verschiedenen Gegenden der Provinz oder des Landes werden hier nicht erforderlich seyn!

## §. 5.

## Eideszuschiebung, als Hülfsmittel beim Beweise.

Neben den Urkunden und Zeugen ist hier noch der Eideszuschiebung zu gedenken. Sie ist zwar kein Beweismittel, wohl aber ein Mittel, was die Stelle des Beweises vertreten kann.

Es entsteht nun die Frage, ob dieß Mittel hier anwendbar sey. Kann derjenige, der eine Gewohnheit bewei-

---

[6]) *Pufendorf* obs. jur. un. tom. 1. obs. 230.

sen soll, von seinem Gegner verlangen, daß er über das Nichtdaseyn derselben schwöre? Manche schweigen davon, indessen verwerfen sie dieß Mittel schon dadurch, daß sie nur der Urkunden und Zeugen hier gedenken; Andere verwerfen Eideszuschiebung zum Beweise einer Gewohnheit ausdrücklich [1]); noch Andere lassen sie zu.

Zu denjenigen, welche die Eideszuschiebung verwerfen, gehört namentlich Malblank. *Consuetudo* und *observantia* können, bemerkt er, in keinem Fall durch Eideszuschiebung bewiesen werden. Beim Beweise einer unvordenklichen Verjährung würde dieß Mittel in einzelnen Fällen anwendbar seyn; denn bei der Verjährung sey bloß von Rechten der Privatpersonen, und zwar der streitenden Theile, die Rede. Aber eine bewiesene Gewohnheit, solle wie ein Gesetz, auch Andere verbinden. Daher müsse, um diese Wirkung hervorzubringen, der Beweis durch andere Mittel geführt werden. Neque contra me ipsum, setzt er hinzu, jurisjurandi delatione consuetudo legitime probata est. Quod enim respectu ad alios legis qualitate destituitur, id nec adversus me efficax esse potest [2]).

Nach meinem Ermessen, findet hier allerdings Eideszuschiebung Statt, zwar nicht über das Daseyn der Gewohnheit überhaupt, wohl aber über einzelne Thatsachen, aus denen die Gewohnheit herzuleiten ist.

Wie sollte der Beweisführer über einzelne Handlungen, die der Gegner kennen müßte, wenn sie geschehen sind, die

---

[1]) Claproth Einleitung in den ord. bürgerlichen Proceß. §. 321. *Kemmerich* de probatione consuet. et obs. sect. 2. §. 17. Grolmann's Theorie des gerichtl. Verfahrens §. 92.

[2]) *Malblanc* doctrina de jurejur. §. 44.

dieser wohl gar selbst vorgenommen hat, ihm, wenn er sie läugnet, nicht das Gewissen rühren dürfen?

Die Gründe, die Malblank dagegen anführt, scheinen nicht von Erheblichkeit zu seyn.

Auch wenn über Gewohnheit, und überhaupt über das anzuwendende Gesetz, gestritten wird, betrifft der Streit, wenn er gleich zunächst allgemeine Wahrheiten zum Inhalt hat, am Ende doch bloß die daraus herzuleitenden Rechte der streitenden Theile. Diese sind es auch nur, über welche ihnen vor Gericht zu streiten erlaubt seyn kann. Die Erlaubniß, über das Allgemeine zu streiten, ist bloß eine nothwendige Folge davon, daß ihnen vergönnt ist, über das Besondere zu streiten. — Es darf daher dieses immer nur in besonderer Beziehung auf den gegenwärtigen Fall geschehen. — Von welcher Art die anzuwendende Norm auch seyn mag, den streitenden Theilen ist sehr wenig daran gelegen, wenn sie über das Daseyn derselben streiten, ob diese Norm auch für Andere gültig sey; sie wollen bloß wissen, was unter ihnen Rechtens ist. Besonders will der Beweisführer seinen Beweis nicht zum Besten Anderer oder gegen Andere, sondern bloß zu seinem eigenen Vortheil und zum Schaden seines Gegners führen. Dieß will er auch in diesem Fall und der Unterschied zwischen diesem und anderen Fällen besteht bloß darin, daß der Beweis, dessen Wirkung sich gewöhnlich auf die streitenden Theile beschränkt, dießmal auch Anderen zum Vortheil oder Schaden zu gereichen pflegt.

Und dieser Umstand gerade ist es, der hier einen falschen Schein erregt. Denn, wenn man die Sache näher betrachtet, wird man bald gewahr, daß die Hervorbringung einer solchen Wirkung auch hier kein nothwendiges Erfor-

derniß und ein Mittel des Beweises deshalb nicht verwerflich sey, weil es diese Wirkung nicht hervorbringt. Ein Beweis, der durch Eideszuschiebung geführt oder auch nur zum Theil geführt ist, muß wegen der besonderen Bewandniß, die es mit diesem Beweismittel hat, in seinen Wirkungen auf die streitenden Theile beschränkt seyn. Aber daraus folgt nicht, daß Eideszuschiebung hier gar nicht Statt finden sollte.

Der Eid ist, wie gesagt, kein wirkliches Beweismittel, sondern er vertritt nur die Stelle eines solchen. Der Beweis, der dadurch geführt werden soll, ist gelungen, wenn der Gegner die Leistung des Eides verweigert. Dann ist er einem Gestehenden gleich zu achten [3]). Daher ist die Frage, ob Eideszuschiebung hier Statt finde, ganz von einer anderen abhängig, nämlich von der, ob ein streitender Theil dem anderen das Daseyn der Gewohnheit oder wenigstens einzelner Handlungen zugestehen könne. Gilt Geständniß hier, so gilt auch Eideszuschiebung. Keinen Zweifel kann es wol leiden, daß der Gegner dem Gegner nicht nur die Gewohnheit überhaupt, sondern auch einzelne Thatsachen, aus denen die Gewohnheit herzuleiten ist — und wenn jene, wie viel mehr diese? — einräumen und ihn dadurch der Beweislast überheben könne. Wenn überhaupt ein Theil dem andern Thatsachen einräumen kann, warum nicht diese, so gut, wie andere? Es bedarf ohne Zweifel des Beweises nicht, wenn der Gegner die Gewohnheit zugesteht. Wenn die streitenden Theile darüber einig sind, daß die behauptete Gewohnheit vorhanden sey, so ist gar kein Grund vorhanden, wes-

---

[3]) *L. 38. D. de jurejur.* Manifestae turpitudinis et confessionis est, nolle nec jurare nec jusjurandum referre.

halb der Richter dem Einen von ihnen zumuthen sollte, das Daseyn der allgemeinen Norm bei dieser Gelegenheit zum Besten Anderer zu beweisen und weshalb der Gegner, der das Daseyn der Gewohnheit einräumt, sich der Last unterziehen müßte, einen Gegenbeweis zu führen, von dem ohnehin zu besorgen ist, daß er ihn, ungerne und wider Willen, wie er ihn führt, nicht mit der größten Sorgfalt führen mögte. Ist nun ein dergleichen Geständniß hier zulässig und von Wirkung, so ist es auch dem streitenden Theil hier, wie in anderen Fällen, erlaubt, durch Eideszuschiebung, — durch diese an das Gewissen gelegte tortura spiritualis, — ein solches Geständniß zu erzwingen, und es hat dasselbe wenigstens einen eben so großen Werth, wie das von freien Stücken abgelegte, wenn nicht einen größeren. Der durch die Eideszuschiebung und dessen Verweigerung geführte Beweis ist aber kein wahrer Beweis. Der Satz, den der Beweisführer beweisen sollte, ist nicht bewiesen, sondern zugestanden, und in Folge dessen ist er bloß unter den streitenden Theilen als bewiesen anzunehmen.

Daher sind nun auch die Wirkungen verschieden, wenn die Gewohnheit bewiesen und wenn sie bloß zugestanden oder der zugeschobene Eid verweigert ist. Wird die bestrittene Gewohnheit bewiesen, so ist der Beweis für einen jeden und gegen einen jeden geführt. Es ist nicht nöthig, daß eine Gewohnheit für jeden Streit immer auf's Neue bewiesen wird; es ist genug, wenn sie einmal bewiesen ist gegen denjenigen, dem an dem Nichtdaseyn der Gewohnheit gelegen war und der dafür gestritten hat, um dann für immer als vorhanden zu gelten. Es ist dieß einer bekannten Regel gemäß, an die nur nicht jeder immer gleich denkt und die so lautet: Man beweis't nicht, um den Gegner zu über-

zeugen, sondern um den Richter. Judici fit probatio. Es wird auch nicht nöthig seyn, daß es gerade derselbe Richter ist, bei dem die Gewohnheit wieder zur Sprache kommt; denn der eine Richter steht so gut, wie der andere, im Dienst des Staats, der bei dieser Gelegenheit das Daseyn der Gewohnheit ein für alle Mal erforscht hat [4]). Wird aber die Gewohnheit bloß zugestanden, so müssen andere Grundsätze gelten. Die zugestandene Gewohnheit dient vor der Hand nur zur Norm, um die Rechtsverhältnisse dieser streitenden Theile darnach zu schlichten. Wie überhaupt das Geständniß einem Dritten nicht nachtheilig ist, also kann es auch einem Dritten nicht schaden, wenn die Gewohnheit von Einem dem Anderen zugestanden wird. Dadurch entsteht keine Gewohnheit und dadurch wird das Daseyn einer Gewohnheit nicht bewiesen, daß Jemand sie zugesteht. Er muß aber das Zugestandene gegen sich gelten lassen.

Wie mit dem Geständniß, so verhält es sich auch mit der Eideszuschiebung und — der Zurückschiebung desselben. Beide können die Stelle des Beweises vertreten; sie äußern ihre Wirkung aber nur unter den streitenden Theilen. Bedurfte es also des Beweises derjenigen Handlungen, worüber der Eid zugeschoben ward, nothwendig und man könnte nicht auch ohne sie sagen, die Gewohnheit sey bewiesen, so würde der durch Eideszuschiebung geführte Beweis der Gewohnheit für und gegen Andere von keinem Werth seyn; es müßte wenigstens über die Handlungen, worüber

---

4) Eine Ausnahme mögte zu machen seyn, wenn Jemand bereit wäre, das Gegentheil zu beweisen, besonders wenn der frühere contradictor die Mittel des Gegenbeweises nicht gehörig benutzt hätte.

der Eid zugeschoben ward, noch ein anderer und wirklicher Beweis geführt werden.

Wir sehen also, die Eideszuschiebung, ein vom Gesetz zum Besten des Beweisführers eingeführtes Mittel, welches die Stelle des Beweises vertritt, kann auch beim Beweise einer Gewohnheit angewandt werden. Der streitende Theil darf dieses Mittels nicht beraubt werden. Er hat nicht nöthig, sich der Eideszuschiebung zu enthalten, weil der durch dieses Mittel geführte Beweis nicht auch für Andere brauchbar ist.

Diese Beantwortung der aufgeworfenen Frage halte ich wenigstens für übereinstimmend mit unserem Rechtssystem. Einigermaaßen zweifelhaft bleibt es indessen noch immer, ob Eideszuschiebung hier ein taugliches Mittel sey, zu beweisen, — oder vielmehr sich der Beweislast zu überheben. — Außer den Gründen, die Malblank dagegen angeführt hat, ließen sich noch wohl andere dagegen anführen. Man kann dagegen einwenden, der Richter könne keine gesetzliche Norm bei seiner Entscheidung zum Grunde legen, von deren Daseyn er nicht — durch den Gebrauch wirklicher Beweismittel — überzeugt sey; er werde dadurch der Gefahr ausgesetzt, nach Gesetzen zu richten, die nicht da sind, und von dem, was er jetzt dafür erklärt hat, zur anderen Zeit das Gegentheil für Recht erklären zu müssen. Aber, hätten nicht die streitenden Theile sich über die Grundsätze vereinigen können, die bei Entscheidung ihrer Sache zum Grunde zu legen sind? Können sie es nicht noch jetzt thun? Und liegt es nicht im Geist unserer Gesetze, daß alles, was zu den Thatsachen gehört, zugestanden werden kann, und daß keine Beweisführung Statt findet, wenn die Partheien über die Thatsachen einig sind? Die Gewohnheit

entfernt sich gerade in der Sphäre des Beweises vom geschriebenen Gesetz und nähert sich dagegen gewöhnlichen Behauptungen streitender Theile über Thatsachen. Das Gesetz ist kein Gegenstand des Beweises; die Gewohnheit aber muß, eben so wie andere Thatsachen, bewiesen werden. Alles nun, was Gegenstand des Beweises ist, das kann auch, wie es scheint, Gegenstand des Geständnisses seyn. Ja, könnte man auch denjenigen, der aus der Gewohnheit günstige Resultate für sich herleiten will, zwingen, die zugestandene zu beweisen, indem man ihm Gehör und Hülfe versagte, bis er diesen Beweis geführt hat, mit welchem Recht und durch welches Mittel will man den Gegner nöthigen, gegen das, was er selbst einräumt, einen Beweis zu führen und z. B. die Unterbrechung der Gewohnheit durch entgegenstehende Handlungen darzuthun? Es scheint also, daß die Gewohnheit im Ganzen, eben so wie andere Thatsachen, gleichwie sie nöthigen Falls bewiesen werden muß, also auch zugestanden werden könne. Kann aber die Gewohnheit im Ganzen zugestanden werden, so bedarf es keines Beweises weiter, daß einzelne Begebenheiten, die zur Gewohnheit gehören, zugestanden werden können und daß es folglich auch erlaubt sey, dem Gegner einen Eid darüber zuzuschieben. Man könnte das Letztere selbst dann noch behaupten, wenn man das Erstere läugnete [5]).

---

[5]) Daß es des Beweises der Gewohnheit nicht bedarf, wenn die Gewohnheit zugestanden wird, nehmen auch an *J. H. Boehmer* jus eccles. Prot. Tom. Lib. 1. Tit. IV. §. 45. p. 242. *Beckmann* Consilia et Decisiones P. I. Dec. II. nr. 8. p. 202 sq. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts, 1. Bd. §. 56. S. 203. Daß Eideszuschiebung hier nicht Statt finde, lehren *Hofacker* Princ. jur. civ. tom. 1. §. 125. Danz a. a. O. S. 207. Der Letz-

## §. 6.

## Juramentum suppletorium.

Auch den ergänzenden Eid des Beweisführers pflegen die Rechtsgelehrten zu verwerfen, wenn eine Gewohnheit bewiesen werden soll [1]). Die Rechtsgelehrten führen hier keine Gründe an, wie diejenigen doch thun müßten, die eine Abweichung von dem Gewöhnlichen, eine Ausnahme von der Regel behaupten. Vielleicht hat man geglaubt, daß ein **Juramentum suppletorium** hier aus denselben Gründen, wie der zugeschobene Eid, verwerflich sey. Aber, selbst wenn der zugeschobene Eid verwerflich wäre, würde deshalb noch nicht der ergänzende verwerflich seyn; ist jener es aber nicht, so ist dieser es vollends gar nicht.

Auch hier versteht es sich zuvörderst, daß der Eid nicht das Daseyn der Gewohnheit im Ganzen zum Gegenstande haben, sondern nur auf einzelne Handlungen gerichtet seyn kann, von denen der Beweisführer aus eigener Erfahrung Kenntniß hat. Wenn nun der Beweis in Ansehung dieser

---

tere bemerkt: Eideszuschiebung kann, da eine erwiesene Gewohnheit, als Gesetz, viele verbindet, Niemand aber durch seinen Eid den Rechten eines Dritten zu nahe zu treten, oder einem Dritten eine Verbindlichkeit aufzubürden im Stande ist, hier unmöglich zuläßig seyn, und aus demselben Grunde darf auch der Richter, in dem Fall eines unvollständigen Beweises, auf den Erfüllungseid nicht erkennen.

[1]) *Mascard* de probat. Concl. 423. nr. 5. *Carpzov* dec. illustr. 1. dec. 3. nr. 22. sq. *Malblanc* doctr. de jurejurando §. 76. *Cramer* obs. jur. un. tom. 3. obs. 847. §. 33. Der Letztere verwirft das suppletorium nur dann, wenn vom Beweise der Gewohnheit eines Orts die Rede ist, in welchem der Beweisführer lebt, weil dann der Umstand, daß er nur e i n e n Zeugen aufstellt, seine Behauptung sehr unwahrscheinlich mache.

einzelnen Handlungen nicht vollständig geführt ist, wenn noch etwas daran fehlt, oder der Richter zweifelhaft ist, ob er daran glauben soll, oder nicht, warum sollte dann nicht hier, wie in anderen Fällen, ein solcher ergänzender Eid zulässig seyn? Es wird immer vorausgesetzt, daß die Bedingungen des Eides vorhanden sind, und wenn sie es hier sind, ist auch der Eid beim Beweise der Gewohnheit nicht zu verwerfen. Er ist keine bloße Wohlthat für den Kläger oder Beklagten, sondern ein wirkliches, durch Gesetz und Gebrauch anerkanntes, Mittel, die Glaubwürdigkeit eines Satzes zu erhöhen und einen mangelhaften Beweis zu einem vollständigen zu erheben. Zwar wird die Wirkung des geleisteten Eides in diesem Fall auch Anderen zu Gute kommen, als dem Beweisführer, und auch Anderen nachtheilig seyn, als dem Gegner desselben; allein, wenn dieß überhaupt in Betrachtung kommen könnte, würde es eine bloße natürliche Folge des gelungenen Beweises seyn. Die Gewohnheit ist es, die Anderen Rechte gibt und Pflichten auflegt, und diese wird durch den Eid nicht hervorgebracht, sondern er trägt bloß das Seinige dazu bei, das Daseyn derselben glaubwürdig zu machen.

VI.

# VI.

# Kleinere Abhandlungen.

# 1.

## Von der Bedingung überhaupt und dem Einfluß derselben auf rechtliche Geschäfte; auch von dem Zurückrechnen derselben.

Wird einem rechtlichen Geschäft eine aufschiebende Bedingung hinzugefügt — so ist ein solches Geschäft unvollkommen, so weit es bedingt ist; — erst durch die Erfüllung der Bedingung gelangt es zur Vollendung [1]). So lange die Bedingung schwebt, ist nichts verkauft, nichts versprochen, nichts verschenkt, nichts vermacht u. s. w.; der Eine ist nichts schuldig, der Andere hat nichts zu fordern.

Die Bedingung verschiebt das Entstehen von Recht und Verbindlichkeit [2]); Recht und Verbindlichkeit schweben (suspenduntur), so lange die Bedingung schwebt [3]). Es hängt von den Ereignissen ab, ob das eine und die andere zu Stande kommen wird; für jetzt ist das Recht, was an

---

[1]) L. 43. D. de Aedilit. Edicto. L. 1. pr. D. de donat. L. 7. pr. D. de contrah. emt.

[2]) §. 4. *J. de Verb. Obl.* Sub conditione stipulatio fit, cum in aliquem casum differtur obligatio. §. 6. J. eod. L. 100. D. eod.

[3]) L. 5. D. de fidejussor. L. 19. C. de constit. pec. L. 37. D. de rebus cred.

eine Bedingung gebunden war, noch nicht zum Daseyn gelangt, so wenig als die Verbindlichkeit, und noch weniger kann auf Realisirung desselben geklagt werden. Pendente conditione dies neque cedit, neque venit [4]). Ja, der Vertrag selbst ist für jetzt nicht zu Stande gekommen. Und nicht nur, daß die Bedingung das Geschäft selbst im Schweben erhält, dem sie hinzugefügt ist, hängt bisweilen auch das Schicksal anderer von ihr ab, derjenigen nämlich, die mit jenem in unzertrennlicher Verbindung stehen, da dann bald auch in Ansehung ihrer der vorige Zustand verändert wird, bald sich erhält, je nachdem die Bedingung in Erfüllung geht oder ausbleibt [5]).

[4]) L. 213. pr. D. de Verb. Sign. L. 13. §. 5. D. de pign. et hyp. L. 9. pr. D. de rebus cred.

[5]) L. 36. D. de rebus cred. Alle diese Sätze sind reich an Folgerungen. Da der unter Bedingung geschlossene Vertrag, so lange die Bedingung im Schweben ist, noch nicht zur Perfection gekommen ist, so folgt daraus, daß, wenn die verkaufte Sache pendente conditione untergeht, der Schade den Verkäufer trifft, da er sonst, nach der Regel: *Perfecta* emtione emtoris est periculum den Käufer getroffen haben würde. L. 8. D. de per. et com. rei vend. — Da derjenige, der etwas unter Bedingung versprochen hat, vor Erfüllung derselben nichts schuldig ist, so folgt daraus, daß, wenn er pendente conditione das Versprochene *per errorem* (etwa, weil er glaubte, die Bedingung sey bereits in Erfüllung gegangen), bezahlt hat, er, so lange die Bedingung noch nicht in Erfüllung gegangen, das Bezahlte zurückfordern könne. L. 16. L. 17. D. de cond. Indebiti. L. 48. D. eod. Eine Folge davon, daß die Bedingung das Entstehen der Verbindlichkeit verschiebt, und das Zustandekommen des Geschäfts von dem Eintreten der Bedingung abhängt, betrifft den Fall, da die alte Verbindlichkeit aufgehoben und eine neue an deren Stelle gesetzt wird. Wenn dann die alte Verbindlichkeit eine reine war, und nun wird (novandi causa) unter Bedingung versprochen, oder, wenn umgekehrt, die alte Verbind-

Bei allem dem ist doch schon etwas da, was bindet, — in so fern nämlich das Bindende oder Verbindende überhaupt in der Natur des Geschäfts liegt. — In Beziehung auf bedingte Verträge pflegten die Alten zu sagen, hier sey eine obligatio *concepta*, quae tanquam in utero latet, sed nondum edita [6]). Indessen ist mit einem hinkenden Gleichniß nicht viel gewonnen. Um hier aufs Reine und zu einer völlig klaren Einsicht in diese Materie zu gelangen, muß man, glaube ich, zwei verschiedene Verträge unterscheiden, die hier in derselben Handlung vereinigt sind und daher nur für Einen angesehen und von den Rechtsgelehrten nicht unterschieden werden, nämlich den von den Contrahenten beabsichtigten, von der Bedingung abhängigen Vertrag, z. B. den Kauf, der erst mit dem Eintreten der Bedingung zu Stande kömmt und dann ein reiner ist — und den bedingten, der als solcher in diesem Augenblick schon da ist, wodurch zu jenem der Grund gelegt ist, welcher mit dem vorigen in der engsten und unzertrennlichsten Verbindung steht und das Substrat desselben ist. Wenn gleich der beabsichtigte Vertrag für jetzt noch

---

lichkeit eine bedingte war, und nun wird eine neue ohne Bedingung an deren Stelle gesetzt, geht die Novation erst vor sich, wenn die Bedingung in Erfüllung geht. L. 14. D. de novat. Es fehlte nämlich in beiden Fällen, so lange die Bedingung nicht erfüllt war, an der Verbindlichkeit, und zwar im letzteren Fall an einer alten, und im ersteren Fall an einer neuen, da doch nach dem Wesen einer Novation beide zusammen erforderlich sind. Geht im ersteren Fall die Bedingung nicht in Erfüllung, so dauert die alte Verbindlichkeit fort, §. 3. J. Quibus modis toll. obl.; im letzteren Fall würde eine alte nicht entstehen, und folglich auch nicht in eine neue verwandelt werden können.

6) *Lauterbach* collegium theor. pract. tit. de pactis. §. 79.

nicht völlig zu Stande gekommen ist, so ist hier doch immer ein Vertrag geschlossen, und zwar ein bedingter, der sich, wenn ein gewisses Ereigniß eintritt oder ausbleibt, in einen unbedingten und zwar von selbst verwandelt; derjenige, dem etwas versprochen ward, hat für jetzt etwas unter Bedingung zu fordern; — er wird selbst schon zu den Gläubigern gerechnet, mit den eigenen Ausdrücken des römischen Rechts ist er *creditor conditionalis s. sub conditione* [7]). Von dem, obgleich bedingten, Vertrage dürfen die Contrahenten nicht einseitig zurücktreten; so wenig, wie von einem anderen [8]); ihnen gebührt es, den Gang der Ereignisse und das Eintreten oder Ausbleiben der Bedingung abzuwarten. Nach der Art, wie das römische Recht sich in dieser Hinsicht, in Beziehung auf Verträge, ausdrückt, ist während des Schwebens der Bedingung eine Hoffnung zu einer künftigen Forderung begründet — *spes est, debitum iri* — welche auf den Erben übergeht, so daß, wenn die Bedingung erst nach dem Tode des Einen oder Anderen erfüllt wird, die Forderung geltend gemacht werden kann von dem Erben und gegen den Erben, die nun schon gleich Anfangs als entstanden zu betrachten ist [9]). — Vorausgesetzt wird ohne Zweifel hierbei, daß ein Vertrag dieser Art überhaupt auf die Erben übergeht. Die Reinheit oder Bedingtheit des Vertrages kann in dieser Hinsicht keine Veränderung hervorbringen. — In dem Zustande der Ungewißheit, der durch das Schweben der Be-

---

7) L. 10. D. de Verb. Sign. L. 42. D. de obl. et act.

8) L. 5. C. de obl. et act.

9) §. 4. J. de Verb. Obl. §. 4. J. de inutil. stipulat. L. 57. D. de Verb. Obl. L. 8. D. de per. et com. rei vend. L. 2. §. 5. D. de donat. L. 9. §. 1. D. de jure dotium. L. 23. D. de pactis dotal.

bingung entsteht, darf der *status quo* nicht verändert werden; es darf nichts geschehen, wodurch zum Nachtheil des Gläubigers und des ihm eingeräumten Rechts den Ereignissen vorgegriffen würde [10]). Wenigstens würden dergleichen Handlungen ebenfalls von der Bedingung abhängig seyn; sie würden beim Ausbleiben der Bedingung von Bestande bleiben, aber mit dem Eintreten derselben würden sie als widerrechtliche Eingriffe in das ältere Recht eines Anderen und im Allgemeinen so zu behandeln seyn, als wäre das Recht des Anderen gleich Anfangs ein unbedingtes gewesen [11]).

Wenn die Bedingung in Erfüllung geht, so würde mit diesem Augenblick das Geschäft zu Stande gekommen seyn, als wäre es erst jetzt geschlossen, und Recht und Verbindlichkeit würden erst jetzt ihren Anfang nehmen. Allein, in einzelnen Fällen wird der Zeitpunkt der erfüllten Bedingung mit demjenigen des geschlossenen Geschäfts an einander geknüpft und von dem Zwischenraum, der sie trennt, hinweggesehen; sobald die Bedingung in Erfüllung gegangen ist, wird es so angesehen, als sey das Geschäft gleich Anfangs rein und vollkommen gewesen [12]). Von Verträgen gilt die

---

[10]) L. 36. D. de rebus cred.

[11]) Diese Sätze gelten von Vermächtnissen — nämlich im Verhältniß des Erben zu dem Vermächtnißnehmer, — wie von Verträgen, und das Zurückrechnen der Bedingung kommt hier also nicht in Betrachtung. L. 69. §. 1. D. de leg 1. L. 100. D. eod. L. 105. D. de cond. et demonstrat. L. 4. D. Ad legem Falc. L. 29. D. de act. emt. et vend. Ueberhaupt muß derjenige, welcher etwas zu geben oder zu leisten hat, sich billig so verhalten, daß er der Forderung des Anderen, wenn die Bedingung in Erfüllung geht, ein völliges Genüge leisten kann.

[12]) *L. 8. D. de per. et com.*

Regel: conditio existens retrahitur ad initium celebrati contractus. Dieß Zurückrechnen der Bedingung ist nicht

---

*rei vend.* Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio. Tunc enim sciemus, cujus periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. — Et, si id, quod venierit, appareat, quid, quale, quantum sit, sic et pretium, et pure venit, perfecta est emptio. — Quod si sub conditione res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emtio, sicuti nec stipulatio. Quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum ajunt. Idem Pomponius libro nono probat. — Quod si pendente conditione emptor, vel venditor decesserit, constat, si exstiterit conditio, haeredes quoque obligatos esse, quasi jam contracta emptione in praeteritum. Quod si pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est, repetetur, et fructus medii temporis venditoris sunt: sicuti stipulationes, et legata conditionalia perimuntur, si pendente conditione res exstincta fuerit. Sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici, esse damnum emtoris.

*L.* 16. *D. de solut.* Sub conditione debitori si acceptum feratur, postea conditione existente intelligitur jam olim liberatus. Et hoc, etiam si solutio re fiat, accidere, Aristo dicebat; scripsit enim, si quis, qui sub conditione pecuniam promisit, dedit eam ea conditione, ut si conditio extitisset, in solutum cederet, existente conditione liberari eum. Nec obstare, quod ante ejus pecunia facta est.

*L.* 78. *pr. D. de verb. Obl.* Si filiusfamilias sub conditione stipulatus, emancipatus fuerit: deinde extiterit conditio, patri actio competit; quia in stipulationibus id tempus spectatur, quo contrahimus. —

*L.* 18. *D. de reg. jur.* Quae legata, mortuis nobis, ad heredem nostrum transeunt, eorum commodum per nos his, quorum in potestate sumus, eodem casu adquirimus; aliter atque quod stipulati sumus. Nam et sub conditione stipulantes, omnimodo eis adquirimus, etiamsi liberatis nobis potestate domini; conditio existat. Vermöge dieses Grundsatzes ist das unter Bedingung von Gesell-

Regel, sondern eher als Abweichung von der Regel anzusehen. Es folgt dieß aus der Natur einer Bedingung, welche das Entstehen des Rechts verschiebt, indem es dasselbe von dem Eintreten eines künftigen und ungewissen Ereignisses abhängig macht. Daß auch die römischen Rechtsgelehrten die Sache von dieser Seite angesehen haben, folgt aus der Art, wie sie sich über die Wirkung der erfüllten Bedingung ausdrücken [13]), besonders aber daraus, daß, wenn die Bedingung ausbleibt, der Vertrag nicht wieder aufgehoben wird, sondern nie einer geschlossen ist [14]). Indessen bezieht es sich mit allem dem nur auf das beabsichtigte Geschäft, welches mit dem Eintreten der Bedingung ein reines geworden ist, z. B. auf den (unter Bedingung geschlossenen) Kauf, nicht aber auf das bedingte, welches schon gleich Anfangs wirklich da war und nicht ungeschehen gemacht werden kann, und ohne daß hier von Regel oder Ausnahme die Rede wäre, muß man die Sache vielmehr von der Seite ansehen, daß das Zurückrechnen der Bedingung bei Verträgen der Sache so angemessen ist, als es bei einseitiger, nach Willkühr wiederruflicher, Wil-

---

schaftern Versprochene als eine während der Dauer der Societas contrahirte Schuld anzusehen, wenn auch die Bedingung erst nach Aufhebung der Gesellschaft in Erfüllung gegangen ist. L. 27. D. Pro Socio. Die Anwendung des Grundsatzes auf das Pfandrecht machen L. 9. §. 1 et 2. D. Qui pot. in pign. L. 11. §. 1. eod.

13) L. 7. pr. D. de contrah. emt. L. un. §. 7. C. de caducis toll. L. 8. D. de per. et com. rei vend.

14) L. 8. D. de per. et com. rei vend. L. 37. D. de contrah. emt. L. 43. pr. D. de jure dotium. L. 36. D. de rebus cred. §. 6. J. de Verb. Obl. L. 120. D. eod.

lenserklärung unpassend seyn würde. Worin besteht nun der Grund, weshalb die Bedingung bei Verträgen zurückgerechnet wird, und in anderen Fällen nicht? Der Grund des Zurückrechnens besteht wohl nicht gerade darin, daß es dem Contrahenten nicht gebührte, in der Zwischenzeit zum Nachtheil desjenigen zu handeln, dem etwas, wenn auch nur bedingt, versprochen war; dieß darf auch bei Vermächtnissen von Seiten des Erben nicht geschehen; auch würde dieser Grund, so richtig er an sich ist, selbst bei Verträgen nur auf einzelne Fälle passen. Der Grund scheint allgemeiner zu seyn und darin zu bestehen, daß von dem Augenblick an, da der Contract, wenn gleich unter Bedingung geschlossen ist, kein einseitiger Rücktritt erlaubt ist, die Contrahenten vielmehr unter der Voraussetzung, die mit der erfüllten Bedingung eingetreten ist, von Anfang her an den einmal geschlossenen Contract auch wider ihren Willen gebunden sind. Wer sich auch nur unter Bedingung verbindlich gemacht hat, von dessen Willen hängt es nicht weiter ab, ob er Schuldner werden wolle oder nicht; er wird es ohne sein Zuthun, bloß dadurch, daß die Bedingung in Erfüllung geht, vermöge seiner zu Anfange abgegebenen Willenserklärung. Damit stimmt es nun sehr wohl überein, daß diejenige Bedingung nicht zurückgerechnet wird, quae invito debitore impleri nequit [15]), was übrigens auch schon aus sonstigen Grundsätzen folgt [16]).

---

15) L. 9. §. 1. D. Qui pot. in pign.

16) S. meine Lehre v. Pfandrecht §. 4. S. 25 und folg.

## 2.

## Von der Vertheidigung des Bürgen gegen den Gläubiger und den Mitteln, die auf diesen Zweck gerichtet sind.

Die Einreden, die der Bürge dem Gläubiger entgegensetzt, sind von doppelter Art. Es sind entweder Einreden, die dem Hauptschuldner zustehen und dieser dem Kläger entgegensetzen kann, oder es sind Einreden, die dem Bürgen zustehen und von denen nur dieser, nicht aber der Hauptschuldner Gebrauch machen kann. Es kann z. B. seyn, daß, während die Hauptschuld vollgültig ist, die Bürgschaft nicht besteht, oder der Gläubiger hat dem Bürgen Frist gegeben, ihn vielleicht gar der Bürgschaftspflicht entlassen, oder der Bürge hat Gegenforderungen u. s. w. Es rühren also die Einreden des Bürgen, nach dem Kunstausdruck, entweder her *ex persona debitoris*, oder *fidejussoris*. Gewöhnlich, wenn ein Bürge sich gegen den klagenden Gläubiger vertheidigt, muß er die Mittel dazu von dem Hauptschuldner entlehnen; die Einreden, womit sich gegen den klagenden Gläubiger der Bürge schützt, sind gewöhnlich die Einreden des Hauptschuldners. Der Bürge, der für den Hauptschuldner zahlen soll, was dieser zu zahlen schuldig ist, kann dem Gläubiger die Einreden entgegensetzen, wodurch dieser gegen die Ansprache des Klägers gedeckt ist. Dieß ist zugleich ein beneficium für den Hauptschuldner und — für den Bürgen. Und weil es ein beneficium auch für den Bürgen ist, so folgt daraus, was die römischen Rechts-

gelehrten an mehr als an einem Ort lehren, daß die Einreden des Hauptschuldners, auch wider den Willen desselben dem Bürgen zustehen. Obwohl die Einreden ex persona debitoris herrühren, kann der Hauptschuldner (in der Meinung, daß der Bürge zahlen und dann von ihm wiederfordern soll,) dem Bürgen nicht verwehren, davon Gebrauch zu machen — interest enim, bemerkt Julianus, fidejussoris, pecuniam retinere potius, quam solutam stipulatori a reo repetere [1]). Marcianus lehrt ganz allgemein:

> Omnes exceptiones, quae reo competunt, fidejussori quoque, etiam invito reo competunt [2]).

So ganz allgemein gültig ist der Satz aber doch nicht; denn Einreden, die nicht die Forderung selbst angehen, sondern auf individuelle Verhältnisse der Person des Hauptschuldners sich gründen, wie die Einrede, wodurch das beneficium competentiae geltend gemacht wird, — *exceptiones personae cohaerentes*, nach dem Ausdruck des römischen Rechts, — stehen dem Bürgen, auch selbst mit dem Willen des Hauptschuldners nicht zu, als welchem nur die s. g. exceptiones *reales* zu Gute kommen [3]).

Die Einreden, womit sich der Hauptschuldner decken kann, kommen also gewöhnlich auch dem Bürgen zu Gute. Denn was man vom Bürgen fordert, das fordert man, wie Ulpian lehrt, der That nach vom Hauptschuld-

---

[1]) L. 15. pr. D. de fidejussor. S. auch L. 32. D. eod. L. 19. D. de exc.

[2]) L. 19. D. de exc.

[3]) L. 7. D. de exc.

ner [4]), welcher, durch den Bürgen mit der actio mandati dazu genöthigt, am Ende doch zahlen muß, was dieser nur für ihn verlegt hat [5]). Findet ein solches Recht, wiederzufordern, nicht Statt, etwa, weil der Bürge *animo donandi* in's Mittel getreten ist, dann stehen dem Bürgen auch die Einreden, womit der Hauptschuldner sich schützen kann, wie pacti de non petendo, nicht zu [6]). Es versteht sich, daß es hiermit nur auf dasjenige bezogen werden kann, was eigentlich im Sinne des römischen Rechts unter Einrede verstanden wird, nicht aber auf Behauptungen, die wir gleichfalls Einreden nennen, die aber nicht sowohl Vertheidigungsmittel sind, wodurch die an sich gegründete Klage zerstört wird, sondern die vielmehr darauf gerichtet sind, daß gar kein Recht zu klagen mehr vorhanden, z. B. die Hauptschuld durch Zahlung getilgt, mithin auch die accessorische Verbindlichkeit des Bürgen erloschen sey. Einreden dieser Art stehen dem Bürgen ohne Zweifel selbst dann zu, wenn er auch donandi animo in's Mittel getreten ist. Denn aus einer Ansprache, die gar nicht mehr vorhanden ist, kann überhaupt gegen Niemanden geklagt werden, eben so wenig, als etwas, was nicht da ist, eine Wirkung hervorbringen kann. Der Bürge schützt sich in solchen Fällen nicht eigentlich mit Einreden, die dem Hauptschuldner zustehen, sondern er leitet nur aus gewissen Ereignissen Folgerungen ab, die ihm günstig sind. So viel ist klar, daß einer, der donandi animo in's Mittel getreten ist, keinen

---

4) L. 29. D. de receptis.

5) §. 4. J. de replicat.

6) L. 32. D. de pactis. L. 9. §. 3. D. de Senatuscons. Maced. *Vinn.* ad §. 4. J. de replicat.

Beistand würde fordern und der Hauptschuldner nicht für ihn als Intervenient würde auftreten können. Wenn er aber befugt ist, auf den Hauptschuldner zurückzugehen, dann beschränkt sich die Hülfe, zu der er den Hauptschuldner aufrufen kann, nicht gerade auf eigentliche Einreden im römischen Sinn, sondern es bezieht sich damit überhaupt auf alle Gründe, aus denen die Abweisung des Klägers gefordert werden kann. Nöthig hat der Bürge gerade nicht, den Hauptschuldner zum Beistande oder zur Vertretung aufzufordern; er verliert durch diese Unterlassung nicht das Recht, auf den Hauptschuldner zurückzugehen. Es ist nur rathsam, daß er es nicht unterlasse [7]). Er hat selbst nicht einmal nöthig, mit dem Gläubiger vor Gericht zu gehen, sondern kann ihn gutwillig befriedigen, ohne daß er deshalb das

---

[7]) *Mev.* P. 3. dec. 341. nota 10. Nach reinem römischen Recht ist das, was der belangte Bürge vom Hauptschuldner begehren kann, wohl nicht eigentlich, daß er mit ihm streiten oder ihm streiten helfen, sondern daß er für ihn streiten, den Streit für ihn aufnehmen soll; wobei er sich nur etwa vorbehält, was ihm ohne Zweifel frei steht, fortwährend auf dem Kampfplatz zu bleiben, um, wo es Noth thut, zu helfen oder sein Interesse wahrzunehmen. Fordert der streitende Theil, welcher, wenn er unterliegt, seiner Entschädigung wegen auf den Dritten zurückgehen kann, von diesem Beistand, statt Vertretung, so kann dieß nur in so fern gerechtfertigt werden, als er sich dann mit Wenigerem begnügt, als er zu fordern berechtigt wäre. Er, welcher begehren könnte, daß der Dritte den Streit für ihn aufnähme, beschränkt sich darauf, zu begehren, daß er ihm zu Hülfe kömmt, und macht von seinem Recht keinen vollen Gebrauch. Aber, wenn man es genau nehmen will, ist das, was er begehrt, nicht unter demjenigen enthalten, was er fordern kann; es ist nicht weniger, sondern im Grunde etwas Anderes; er könnte fordern, daß der

Recht verliert, sich gegen den Hauptschuldner zu wenden und von ihm Ersatz zu verlangen. Ihm kann nichts zur Last gelegt werden, wenn er erfüllt, was er zu erfüllen sich verbindlich gemacht hat. Warum soll er sich erst durch den Richter zu etwas verurtheilen und zwingen lassen, was er von selbst zu thun schuldig ist? [8]) Sogar, wenn er voreilig gezahlt hat, ehe die Schuld fällig ward, kann er das Bezahlte vom Hauptschuldner wiederfordern, sobald die Zeit gekommen ist, da sie fällig ward [9]). Doch muß er Einreden, von denen er weiß, daß sie dem Hauptschuldner zustehen, dem Gläubiger entgegensetzen und folglich auch die Klage desselben in solchen Fällen abwarten; unterläßt er dieß und befriedigt den Gläubiger, so verliert er das Recht, das Verlegte von dem Hauptschuldner wiederzufordern. Wußte er nichts von diesen Einreden — überhaupt von diesen Gründen, aus denen die Abweisung des Klägers gefordert werden konnte, — so kann ihm nichts zur Last gelegt werden: *potuit enim atque debuit reus promittendi certiorare fidejussorem suum, ne forte igna-*

---

Andere für ihn, und er fordert, daß der Andere mit ihm streite. Auf solche Art hat dann der Gegner fortan mit zweien Gegnern den ungleichen Kampf zu bestehen. Aber freilich möchte dieß nicht ganz zu vermeiden seyn. Denn gesetzt, daß der Bürge neben den Gründen, die der Hauptschuldner dem Gläubiger entgegensetzen kann, zugleich aus eigener Person Einreden gebrauchen will? Dann würde er doch am Streit nicht nur Theil nehmen können, sondern auch müssen. Oder sollte er ihn dann gar nicht zur Vertretung auffordern dürfen?

[8]) *L.* 10. §. 11. *D. Mandati.* Fidejussores et mandatores, etsi sine judicio solverint, habent actionem mandati.

[9]) L. 31. D. de fidejussor.

*rus* solvat indebitum [10]). Dem Schuldner gebührte es also, den **Bürgen** von solchen Gründen in Kenntniß zu setzen. Insonderheit gebührte es ihm, wenn der Gläubiger befriedigt ward, den Bürgen davon zu benachrichtigen [11]). Umgekehrt gebührt es auch dem Bürgen, den Schuldner davon zu benachrichtigen, daß er den Gläubiger befriedigt habe, sobald dieß geschehen ist, damit der Schuldner nicht zum zweiten Mal zahle, was der Gläubiger nur einmal zu fordern hat. Unterläßt der Bürge, dem Schuldner eine solche Anzeige zu machen und dieser zahlt zum zweiten Mal, so kann er das Verlegte vom Schuldner nicht wiederfordern; er muß dann schon zufrieden seyn, wenn der Schuldner, der ja durch die zweite Zahlung ein Indebitum bezahlte, ihm seine Rechte und die condictio indebiti cedirt [12]).

Es ist jedoch noch einer Stelle des Ulpianus zu gedenken, die — was unfruchtbare Stellen öfters am meisten thun — den Auslegern viel zu schaffen gemacht hat, und die so lautet:

*L.* 10. §. 12. *D. Mandati.*

Generaliter Julianus ait, si fidejussor ex sua persona omiserit exceptionem, qua reus uti non potuit, si quidem minus honestam, habere eum mandati actionem. Quod si eam, qua reus uti potuit, si sciens id fecit, non habiturum mandati actionem, si modo habuit facultatem rei conveniendi desiderandique, ut ipse susciperet potius judicium vel suo, vel procuratorio nomine.

Mir

[10]) L. 29. pr. D. Mandati.

[11]) L. 29. §. 2. eod.

[12]) L. 29. §. 3. D. eod.

Mir scheint der Sinn der Stelle nicht so schwer zu seyn.

Es ist hier von Einreden die Rede, die aus der Person des Hauptschuldners hergenommen sind. Julianus unterscheidet unter diesen zwei Arten. Einige sind so beschaffen, daß es dem Hauptschuldner nicht geziemt, sich ihrer zu bedienen; diese kann der Bürge unbenutzt lassen, ohne das Recht zu verlieren, auf den Hauptschuldner zurückzugehen. Einreden anderer Art, diejenigen, *quibus debitor uti potuit*, muß der Bürge, wenn er sie kennt, dem klagenden Gläubiger entgegensetzen, sonst kann er das Bezahlte vom Hauptschuldner nicht wiederfordern. Vorausgesetzt wird jedoch nach Julianus und Ulpianus, daß der Bürge im Stande war, den Gläubiger zur Vertretung aufzufordern. Dieß Letztere scheint deshalb zur Bedingung gemacht zu seyn, weil der Schuldner dadurch Gelegenheit erhalten haben würde, diese Einreden dem klagenden Gläubiger selbst entgegenzusetzen, eine Gelegenheit, die ihm nun entzogen ist, so daß er bloß wegen der Unterlassung des Bürgen zahlen muß, was er außerdem zu thun nicht nöthig gehabt hätte. Es scheint nämlich der Schluß in besonderer Beziehung auf solche Einreden zu stehen, die, von der Person des Hauptschuldners hergenommen, auf die Person des Hauptschuldners beschränkt sind. Sonst hätte ja der Bürge sie selbst entgegensetzen können — und müssen, auch wenn er keine Gelegenheit hatte, den Hauptschuldner zur Vertretung aufzufordern.

---

## 3.

## Beitrag zu der Lehre von der Delegation *).

### §. 1.

Bei der Delegation ist es sehr gewöhnlich, daß der Schuldner (als Delegans) dem Gläubiger (als Delegatar) seinen Schuldner (als debitor delegatus) substituirt. Voet [1]) nimmt die Ueberweisung seines Schuldners, von Seiten des Schuldners, an den Gläubiger sogar in den Begriff auf und nennt eine Delegation dieser Art eine Delegation in der engeren Bedeutung. In weiterer Bedeutung sey es, setzt er hinzu, auch Delegation, wenn der Schuldner einem anderen, als seinem Schuldner, den Auftrag mache, den Gläubiger an Stelle seiner zu befriedigen.

Weder in der Sprache, noch in der Verschiedenheit der Rechtsgrundsätze liegt ein Grund, der uns berechtigen könnte, den Begriff der Delegation auf den Schuldner des Schuldners, als debitor delegatus, einzuschränken und auf eine höchst entbehrliche Weise zwischen Delegation in engerer und weiterer Bedeutung zu unterscheiden.

Die Gesetze kennen diesen Unterschied nicht; der Schuldner, als Delegant, kann seinen Schuldner dem Gläubiger substituiren [2]), er kann ihm aber auch einen anderen, der sein Schuldner nicht ist, an Stelle seiner zum Schuldner einsetzen [3]). Beider Fälle erwähnen die Gesetze und behan-

*) Diese Abhandlung erschien zuerst im Archiv für die civil. Praxis, Bd. 2. Abh. 19. S. 227. Sie erscheint hier fast unverändert. Die Zusätze sind nicht erheblich.

1) ad tit. Dig. de novat. et delegat. §. 11 et 12.

2) L. 3 et 6. C. h. t. Ein Fall der Art L. 36. D. de jure dotium.

3) L. 5. C. eod.

deln sie auf dieselbe Weise, und wie überhaupt bei der Delegation aller drei Personen Wille übereinstimmen und namentlich der debitor delegatus einwilligen muß, Schuldner des Delegatarius werden zu wollen, an Stelle des Deleganten, bemerken sie nur, wie selbst in dem Fall, wenn der Schuldner seinen Schuldner substituirt, es an der Einwilligung des Substituirten, Schuldner (desjenigen, der sein Gläubiger bisher nicht war, sondern nur seines Gläubigers Gläubiger) seyn zu wollen, nicht fehlen dürfe [4]).

## §. 2.

Die Delegation involvirt einen doppelten Vertrag, nämlich einen Vertrag zwischen dem Deleganten und dem debitor delegatus, welcher sich gegen den ersteren verbindlich macht, an seine Stelle treten zu wollen, und dann einen Vertrag zwischen dem Delegirten und dem Gläubiger, wodurch jener die Verbindlichkeit des Deleganten, an Stelle desselben, wirklich übernimmt, und ihn auf solche Art frei davon macht. Der letztere Vertrag oder die Expromission [5])

---

[4]) L. 6. C. cit.

[5]) Der Ausdruck Expromission wird in den Gesetzen so allgemein gebraucht, daß er jeden Vertrag, wodurch an die Stelle einer vorigen Verbindlichkeit eine neue gesetzt wird, unter sich begreift, also nicht bloß, wenn eine fremde Verbindlichkeit es ist, welche Jemand übernimmt, was wir ausschließlich Expromission nennen, sondern auch, wenn eine eigene durch das Surrogat einer neuen ersetzt und verändert wird. L. fin. D. ad Sctum Maced. S. *Averanii* Interpret. Lib. 2. cap. 15. nr. 1 et 2. *J. H. Boehmer* ad §. 3. J. quib. med. toll. obl. Averani und mit ihm Böhmer unterscheiden drei Arten einer solchen Expromission in dieser allgemeinen Bedeutung, nämlich 1) Expromission, wobei die Personen des Schuldners und Gläubigers unverändert bleiben; 2) wenn der Gläubiger verändert wird; 3) wenn der

geschieht nach römischem Recht bekanntlich durch Stipulation, weil ein simpler Vertrag keine klagbare Verbindlichkeit bewirkt; hingegen erfordert der erstere keine besondere Form, sondern es ist an der bloßen Einwilligung genug, denn er paßt unter die Form des Mandats. Der Delegant trägt nämlich dem debitor delegatus auf, er ersucht ihn, als Schuldner an seine Stelle zu treten, und dieser verspricht es. Voet drückt sich so darüber aus, als sey dieser Vertrag ein bloßes mandatum de solvendo [6]); aber zunächst ist es nicht die Absicht des Contrahenten, daß Delegatus die Verbindlichkeit tilge, sondern daß er sich gegen den Gläubiger verbindlich mache, wodurch dann folgeweise der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit ledig wird. Delegatus soll für jetzt gerade nicht zahlen, sondern an Stelle des bisherigen Schuldners zu zahlen versprechen. Der Auftrag, sich verbindlich zu machen und der Auftrag, zu zahlen, sind sehr von einander verschieden. Beim ersteren hängt es vom Gläubiger ab, ob er, an Stelle des vorigen, diesen Schuldner haben will; wider seinen Willen kann ihm kein anderer Schuldner aufgedrungen werden. Beim zweiten muß er auch wider seinen Willen sich befriedigen lassen. Er muß die Zahlung annehmen, und wenn er sich weigert, setzt er sich den Folgen widerrechtlicher Verzögerung im Empfangen und gerichtlicher Deposition aus. Soll indessen das Zahlen bloß die zu bewirkende Befreiung des Deleganten von der Verbindlichkeit andeuten, so kann man den Auftrag, den Delegans dem

Schuldner verändert wird. Aber die beiden letzten Arten gehören zusammen zur Delegation und Expromission im gewöhnlichen Sinne.

6) *Voet* c. l. §. 12.

Delegatus macht, allerdings ein mandatum de solvendo nennen, und in diesem Sinn mag wohl Voet den Ausdruck gebraucht haben.

§. 3.

Erst durch die, in Folge dieses Vertrags, geschehene Expromission oder den Vertrag zwischen dem debitor delegatus und dem Gläubiger, wodurch jener sich gegen diesen verbindlich macht, geschieht bekanntlich die Novation und wird der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit entledigt. Die Expromission ist es, welche die Verbindlichkeit des bisherigen Schuldners tilgt; der vorhergegangene Vertrag des Schuldners mit dem debitor delegatus ist hierbei gleichgültig und enthält nur die Veranlassung der Expromission, welche, auch wenn sie ohne einen solchen vorhergegangenen Vertrag, auf eine bloß einseitige Art, ja selbst, wenn sie wider Willen des bisherigen Schuldners geschieht, immer ganz dieselbe Wirkung hervorbringt, daß nämlich die vorige Verbindlichkeit getilgt wird und eine neue an deren Stelle tritt [7]). Aber die nach dem Willen des Schuldners geschehene Uebernahme seiner Verbindlichkeit, oder die Delegation, bringt doch eine Wirkung hervor, die ihr eigenthümlich ist; es wird dadurch getilgt nicht bloß die Verbindlichkeit des Deleganten gegen den Delegatar, sondern zugleich auch die Verbindlichkeit des debitor delegatus gegen den Deleganten [8]), vorausgesetzt, daß, wie gewöhnlich, der Schuldner, als Delegant, seinen Schuldner, als debitor delegatus, dem Gläubiger delegirt, und an Stelle dieser

---

[7]) L. 8. in fine. D. h. t.

[8]) L. 3. C. de novat. et deleg. *Voet* c. l. §. 13.

doppelten erlöschenden Verbindlichkeit tritt dann Eine einfache neue, diejenige nämlich, die bei der Delegation der Delegatus gegen den Gläubiger des Deleganten contrahirt. Indem der Delegatar den Schuldner wechselt, wechselt der Delegatus den Gläubiger; der Delegant aber hört auf, so Schuldner, als Gläubiger zu seyn.

§. 4.

Da das Geschäft zwischen dem Deleganten und dem Delegirten ein Auftrag ist, so scheint sich daraus die Folgerung zu ergeben, daß, so lange der Delegirte die Verbindlichkeit des Schuldners nicht wirklich übernommen hat, der Delegant seinen Willen ändern und den Auftrag wiederrufen könne; was aber voraussetzt, daß der Vertrag zwischen beiden von dem Vertrage des Delegirten mit dem Gläubiger, der Expromission, auch der Zeit nach getrennt erscheint. Richtet er den Auftrag nicht aus, oder will der Gläubiger ihn nicht zum Schuldner annehmen, so bleibt er Schuldner des Delegirenden, wenn er es nämlich vorher schon war; denn es ward schon bemerkt, daß erst durch die Erfüllung des Auftrags, d. h. durch die wirkliche Expromission, die Verbindlichkeit des Schuldners, als Delegirten, gegen den Delegirenden erlischt. Es leidet wohl keinen Zweifel, daß der Delegirende aus dem Mandat auch gegen den Mitcontrahenten fordern und klagen könne, daß er sich gegen den Gläubiger, an Stelle seiner, verbindlich, und ihn auf solche Art von der Verbindlichkeit frei mache.

§. 5.

Was die Entschädigung des Delegirten betrifft, so hat der delegirte eigene Schuldner des Delegirenden schon,

was ihm gebührt. Er soll nämlich mit dem, was er dem Delegirenden schuldig ist, künftig dem Gläubiger desselben verhaftet seyn, oder vielmehr, dafür, daß er sich dem Gläubiger des Delegirenden verbindlich macht, soll die Verbindlichkeit, die ihm gegen den Letzteren bisher oblag, durch eine Art von conventioneller Compensation verschwinden. Nicht selten, z. B. bei Erbtheilungen, wird dem Delegirten im Voraus zu Gute gerechnet, was er als Schuld übernommen hat, d. h. ehe denn er sich gegen den Gläubiger wirklich verbindlich gemacht und dieser ihn als Schuldner angenommen hat. Einem delegirten Nichtschuldner gebührt die Entschädigung, die ihm versprochen ist [9]); ja auch ohne besonderes Versprechen kann er sie, nach meinem Ermessen, vermöge des von ihm ausgerichteten Mandats, wodurch er den Schuldner von seiner Verbindlichkeit frei gemacht hat, fordern, als so etwas, was er bei Ausrichtung des Mandats aufgewandt hat, — wobei es einerlei ist, ob er schon wirklich gezahlt hat, oder so viel schuldig geworden ist, — es wäre denn, daß die Absicht des Delegirten dahin ging, durch Uebernahme seiner Verbindlichkeit, dem Delegirenden ein Beneficium zu erweisen. Der Delegirte mag nun Entschädigung zu fordern haben, oder nicht, er mag die gebührende erhalten haben, oder nicht, sie erhalten können, oder nicht: unter allen Umständen ist er verbunden, das Versprechen, was er dem Gläubiger geleistet, zu erfüllen, und eine Schuld zu tilgen, welche durch die vorgegangene Veränderung die seinige geworden ist [10]).

---

[9]) *Perez* ad h. tit. C. nro. 10.

[10]) L. 5. C. cit.

§. 6.

Aeltere Rechtsgelehrte, z. B. Fachinens[11]), Perez[12]), Vinnius[13]), Huber[14]) und viele andere, worauf sie sich berufen, lehren fast einstimmig, bei der Delegation sey es nicht nothwendig, daß der animus novandi ausdrücklich erklärt werde, und Justinians bekannte Verordnung[15]) sey auf selbige nicht zu beziehen; denn wenn der Schuldner einen andern dem Gläubiger substituirt, könne der animus novandi nicht zweifelhaft seyn.

Dieß beruht auf einer petitio principii. Freilich, bei einer wirklichen Delegation kann der animus novandi nicht zweifelhaft seyn, aber es soll eben erst ausgemacht werden, ob es Delegation und also Expromission oder ob es nicht vielmehr Adpromission sey. So viel ist richtig, daß, wenn der Schuldner einen andern an seine Stelle setzt oder überhaupt ein Anderer sich, statt seiner verbindlich macht, es dann nicht noch besonders erklärt werden darf, die vorige Verbindlichkeit solle aufhören und eine neue an deren Stelle treten; aber immer ist es auszumittelnde quaestio facti, nicht bloß, ob der bisherige Schuldner dem Titius aufgetragen, sich an Stelle seiner verbindlich zu machen, sondern, ob, im Verhältniß beider zu dem Gläubiger, wirklich eine Expromission vorgegangen sey, als worauf es in Hinsicht auf die Novation allein nur ankömmt, also, ob Titius sich an Stelle des Schuldners dem Gläubiger verbindlich gemacht, dieser ihn, statt des bisherigen Schuldners, zum Schuldner

---

11) Controv. lib. 2. cap. 54.

12) Ad h. tit. C. nro. 12.

13) Ad §. 3. J. quibus modis toll. obl. n. 7.

14) Prael. in J. p. 352.

15) L. ult. C. de novat. et delegat.

angenommen hat und, in Folge dessen, der bisherige Schuldner seiner Verbindlichkeit ledig geworden ist. Es kann sich ja ein Dritter gegen den Gläubiger verbindlich machen, ohne daß die Absicht obwaltet, der bisherige Schuldner solle seiner Verbindlichkeit entledigt seyn, — entweder als correus, oder als Bürge, also neben dem bisherigen Schuldner, — und mithin ist es sehr wohl möglich, daß, wenn ein Dritter als Schuldner hinzutritt, Zweifel darüber entstehen können, welche Absicht dabei obgewaltet habe, ob dieß Expromission und also Novation gewesen sey, folglich der Gläubiger sein Recht gegen den bisherigen Schuldner aufgegeben habe, oder nicht; ja ich möchte beinahe sagen, dergleichen Zweifel können in Fällen dieser Art eher entstehen, als bei einer sonstigen oder schlechthin sogenannten (einfachen) Novation. Ich will dann nicht einmal erwähnen, daß Justinian in jener bekannten Verordnung (L. ult. C. de novat.), wornach der Wille, daß eine Novation vor sich gehen soll, ausdrücklich offenbart werden muß, und im entgegengesetzten Fall die vorige Verbindlichkeit fortdauern und die neue hinzutreten soll, zwischen der einfachen Novation und der Delegation nicht unterscheidet; aber höchst seltsam, wunderbar und gar nicht zu entschuldigen wäre es, wenn Justinian, indem er in den Institutionen [16]) diesen Satz wiederholt und sich dabei auf seine eben erwähnte Verordnung beruft, nicht erwähnt hätte, daß sie auf die Delegation nicht anwendbar sey (wenn dieß nämlich seine Meinung gewesen wäre), nachdem er nur so eben beider Arten der Novation und besonders der Delegation gedacht, und von der letztern sogar hauptsächlich gehandelt hatte, so daß nicht

---

[16]) §. 3. J. quibus modis toll. obl.

anders angenommen werden kann, als seine Lehre von dem nicht zu vermuthenden, sondern ausdrücklich zu offenbarenden animus novandi beziehe sich auf beide Arten der Novation.

Das Vorhandenseyn einer wirklichen Delegation oder Expromission, also einer wahren Novation, wird nicht zweifelhaft seyn, wenn ausdrücklich zu erkennen gegeben ist, daß der neue Schuldner sich an Stelle des alten verbindlich mache, oder daß die vorige Verbindlichkeit aufhören solle, oder wenn, wie gewöhnlich, dem vorigen Schuldner ein Liberationsschein vom Gläubiger ertheilt ist.

---

## 4.

## Ueber Scheidung der Protestanten von Katholiken.

Als ausgemacht nehme ich an, daß nach katholischem Kirchenrecht keine gänzliche Ehescheidung, sondern, als Surrogat derselben, nur eine *separatio a thoro et mensa* und zwar *perpetua* Statt finde. Bekanntlich sind beide an sich selbst und in ihren Wirkungen sehr verschieden. Denn durch jene, die Ehescheidung, wird das Band der Ehe gänzlich getrennt; diese, die separatio, geschieht *salvo conjugii vinculo*. Bei ihr dauert die Ehe fort; die, — wenn auch in perpetuum, — getrennten Eheleute bleiben Eheleute; Keiner von ihnen darf beim Leben des anderen Ehegatten heirathen; er bricht die Ehe, wenn er sich mit einer dritten Person vermischt. Gesetzt nun, daß die zu trennenden Eheleute verschiedener Religion sind, der Eine ist Katholisch, der Andere Protestant, dann entsteht die Frage, was ist in

Rücksicht der Ehetrennung Rechtens? Findet eine gänzliche Scheidung solcher Eheleute, oder nur eine *separatio a thoro et mensa* Statt?

Diese Frage haben schon Andere vor mir aufgeworfen, namentlich Schnaubert [1]) und Wiese [2]), sie aber, wie es mir scheint, nicht richtig entschieden.

Ehe ich meine Meinung auseinander setze, will ich die Meinungen meiner Vorgänger, zum Theil mit ihren eigenen Worten, hier aufnehmen. Die Meinung, welche Schnaubert hegt, trägt der Beurtheiler desselben in der allgemeinen Deutschen Bibliothek [3]), zugleich mit seiner eigenen, auf folgende Art vor:

„Beim Ehebruch und andern dem protestantischen Kirchenrechte zur Ehescheidung hinreichenden Ursachen, meint „der Verfasser, daß die gänzliche Scheidung nur dann erfolgen könne, wenn der Evangelische der unschuldige Theil ist, „und daß auch in diesem Falle der Katholik nicht für gänzlich geschieden zu achten. Ohne die wider den letzten Punkt „streitenden Gründe anzuführen, erinnern wir nun wider die „hauptsächlichste Meinung des Verfassers, daß, wenn auch „die von ihm selbst gemachten Zweifel zu heben sind, doch „noch ein weit wichtigerer übrig bliebe. Klagt der unschuldige Protestant auf die gänzliche Ehescheidung, so hat der „schuldige Katholik die gesetzliche Einrede, daß die gänzliche „Scheidung nach seinem Kirchenrechte nicht statt finde; „klagt der unschuldige Katholik nach diesem seinem Kirchenrechte, und also nur auf die immerwährende Trennung

---

[1]) in den Beiträgen zum deutschen Staats- nnd Kirchenrecht.

[2]) im Handbuch des gemeinen Kirchenrechts, 3. Theil. S. 115 folg.

[3]) Band 57. S. 106 folg.

„von Tisch und Bette: so hat der schuldige Protestant die „gesetzliche Einrede, daß nach seinem Kirchenrechte keine im„merwährende Trennung von Tisch und Bette, sondern an „deren Statt die gänzliche Scheidung Statt finde. Dem „ersten Anblicke nach, wären also beide Klagen angebrachter„maßen abzuweisen. Und wollte man einwenden, diese Ein„reden, so gegründet sie auch von Seiten der Beklagten „sind, heben das in der Kläger Kirchenrechte gegründete „Klagerecht nicht auf: so ist doch so viel klar, daß die Ent„scheidung der Sache nicht nach Unterschied der Kläger ver„schieden ausfallen könne, sondern daß auch hier beide Re„ligionspartheien gleich zu behandeln sind. Wenn man aber „den Satz zum Grunde legt, daß die gänzliche Scheidung „bei den Protestanten an die Stelle der immerwährenden „Trennung von Tisch und Bette der Katholiken getreten ist: „so folgt, daß des Katholiken auf letztere gerichtete Klage „eben so gut von Seiten des Protestanten eine gänzliche „Scheidung wirkt, als des Protestanten auf diese gerichtete „Klage bei dem Katholiken nur die ewige Trennung von „Tisch und Bette bewirkt. Die Wichtigkeit der Frage wird „uns entschuldigen, daß wir uns dabei so lange verweilt „haben?"

Mit Schnaubert stimmt Wiese überein.

„Ueber die Ehescheidungsgründe, bemerkt er, hegen be„kanntlich beide Kirchenrechtssysteme verschiedene Grundsätze, „und das katholische Kirchenrecht läßt da höchstens eine „beständige Scheidung von Tisch und Bette zu, wo das „protestantische die Ehe gänzlich aufhebt. Hier muß also „auf die Religion des unschuldigen beleidigten Theils, ge„wöhnlich des Klägers, gesehen werden.

„a) Wenn der evangelische Ehegatte die ehelichen „Pflichten durch Ehebruch, bösliche Verlassung, Lebensnach„stellung und dergl. m. gröblich verletzt und der katholische „also klagt: so kann dieser doch nach seinen Religionsprin„cipien nur auf Scheidung von Tisch und Bette antragen, „und selbst der evangelische geistliche Richter des Beklagten „nur darauf erkennen, weil er überhaupt nicht mehr als ge„beten (ultra petita) erkennen kann, und hierdurch selbst „das Gewissen des Klägers beschweren konnte. Der schul„dige evangelische Ehegenosse kann sodann auch nicht wie„der beim Leben des Anderen heirathen, weil er als schul„diger Theil gar kein Recht hatte, auf irgend eine Schei„dung zu dringen, am wenigsten auf gänzliche antragen kann.

„b) Ist aber der katholische Ehegenosse der schuldige „Theil, so kann nun der Protestant seiner Seits auf gänz„liche Ehescheidung klagen. Muß er gleich nach den, hierin „unveränderten Grundsätzen des gemeinen Rechts in dem „geistlichen Gericht seines schuldigen Ehegatten klagen, wenn „solcher nicht aus einem besondern Rechtsgrunde einem „protestantisch-geistlichen Gericht unterworfen ist, und er„kennt jenes auch nur auf beständige Scheidung von Tisch „und Bette, so hat diese in Rücksicht des unschuldigen pro„testantischen Ehegatten doch die Kraft einer gänzlichen Ehe„scheidung, weil vermöge seiner Religionsprincipien und „Kirchenrecht die Ehe als völlig getrennt betrachtet werden „muß, und er kann mit allem Recht zur zweiten Ehe schrei„ten, wenn gleich sein abgeschiedener katholischer Ehegatte „nach seinen Religionsprincipien, so lange jener lebt, hierzu „nicht berechtigt ist."

Nach meinem Ermessen kömmt es hier gar nicht darauf an, wer der unschuldige Theil ist und als solcher Klage er-

hebt, sondern wer, auf erhobene Klage des Einen oder Anderen, mit dem gesetzlichen Beruf, in diesem Fall sein Amt zu verwalten, zu Gericht sitzt, ob ein katholischer oder protestantischer Richter. Es kann hier nicht anders seyn, wie in anderen Fällen, da der Richter vorkommende Fälle nach Gesetzen beurtheilt, die ihm zur Norm dienen, während ein anderer, auf andere Gesetze angewiesener, Richter anders darüber urtheilen würde. Was gehen den Richter die Grundsätze der Partheien an, wenn es doch nicht die seinigen sind? Nach seinen Grundsätzen soll er urtheilen, nicht nach den Grundsätzen der streitenden Theile, seine Ueberzeugung über das, was in gegebenen Fällen geschehen darf oder muß, soll er, nicht diejenige der Partheien, aussprechen. Wird also bei einem protestantischen Richter auf Ehescheidung geklagt, so wird dieser kein Bedenken finden, auf Ehescheidung zu erkennen, wenn trifftige Gründe dazu vorhanden sind, obwohl der eine von beiden Ehegatten katholisch ist. Dem Gewissen des katholischen Ehegatten wird dadurch kein Zwang angethan, — wenn dieses überhaupt ein Grund für den Richter seyn könnte, anders zu urtheilen und anders zu sprechen, als er es für Recht hält, — da es ihm ja frei steht, sich auch ferner noch für gebunden zu halten, keine neue Ehe beim Leben des Anderen einzugehen, sich überhaupt mit einer dritten Person nicht zu vermischen. Wäre der katholische Ehegatte der unschuldige Theil und klagte er auf Ehescheidung, so würde ein protestantischer Richter ein solches Begehren nach seinen Grundsätzen für zulässig halten müssen und es erhören, wenn Gründe dazu vorhanden sind, wie das protestantische Kirchenrecht sie darbietet. Der Katholik würde gar nicht einmal auf etwas Anderes, folglich, wenn er das

nicht wollte, gar nicht klagen können. Denn, beschränkte er sich darauf, seine Klage auf *separatio perpetua* zu richten, so würde der protestantische Richter genöthigt seyn, ihn schon mit seiner Klage, inmaßen sie angebracht ist, abzuweisen, weil nach dem Kirchenrecht der Protestanten keine separatio perpetuá Statt findet. Eine Ehescheidung würde also in diesem Fall wegfallen, nicht deshalb, weil der Richter nicht darauf erkennen konnte, sondern weil sie nicht von ihm begehrt ist. Gesetzt aber, es wird bei einem katholischen Richter Klage erhoben, dieser kann weder die Eheleute beide, noch den Protestanten allein — und damit zugleich den Katholiken mit — scheiden. Eingedenk des Grundsatzes: Quod deus conjunxit, homo ne separet, der Sacramentseigenschaft der Ehe und der Concilienschlüsse, welche die Unauflöslichkeit der Ehe und gegen anders Lehrende das anathema aussprechen, namentlich des Tridentischen, wird er den Protestanten, der auf Ehescheidung klagt, mit seiner Klage, inmaßen sie angebracht ist, abweisen. Klagt aber der unschuldige katholische Ehegatte auf *separatio perpetua*, und der Richter erkennt darauf, oder er thut dieß in Folge des auf Ehescheidung gerichteten Antrags des Protestanten, — was sich, strenge genommen, nicht vertheidigen läßt, — weil er annimmt, der Kläger begehre damit zugleich das minus, was hier nur verlangt werden kann, so würde ich glauben, es verstehe sich ganz von selbst, daß die Ehe *quoad vinculum* fortdauern müsse. Jetzt ist nicht mehr die Frage davon, was der Eine oder Andere hätte begehren können, sondern es entsteht quaestio facti, was der Richter für Recht erkannt hat. Dieser hat nun einmal nicht auf Ehescheidung, sondern nur auf Trennung der Eheleute erkannt, und beiden,

namentlich auch dem Protestanten, steht exceptio rei judicatae entgegen. Ich kann unmöglich glauben, daß ein Urtheil, wodurch die Eheleute bloß für immer getrennt werden, nach der verschiedenen Denkungsart der Eheleute, seine Natur, ja den Inhalt selbst verändern und sich für den Einen in ein Urtheil verwandeln sollte, wodurch das Band der Ehe aufgelöst wird. Auf solche Art würde ja dem Richter ein Urtheil untergeschoben, was er gar nicht sprechen wollte und nach seinen Grundsätzen gar nicht sprechen konnte, was er gerade vermeiden wollte. Ein Urtheil spricht die Meinung des Richters aus über das, was im gegenwärtigen Fall den Gesetzen gemäß ist; hingegen was die streitenden Theile meinen oder glauben, oder für zulässig oder unzulässig halten, alles das kann hierauf von keinem Einfluß seyn. Welch eine seltsame Art von Schluß ist dieß! Die Protestanten lassen eine Ehescheidung wegen Ehebruchs u. s. w. zu, folglich — hat auch der katholische Richter, der den Protestanten von dem Katholiken *a thoro et mensa* geschieden hat, ihn nicht a thoro et mensa geschieden, sondern in Hinsicht auf den Protestanten ist das Band der Ehe völlig aufgelöst. Das Urtheil des Richters kann ja nicht für jeden der streitenden Theile anders lauten; es ist für beide Theile dasselbe und muß auch für beide dieselben Wirkungen hervorbringen. Die vom Richter erkannte separatio perpetua kann nicht zugleich für den einen Theil Scheidung — *dissolutio matrimonii quoad vinculum* — und für den anderen Trennung — separatio, salvo *conjugii vinculo* — seyn. Dieß enthält einen Widerspruch; denn die Ehe würde darnach zugleich aufhören und fortdauern. Eine einseitige Scheidung der Ehe ist etwas Unmögliches; wird der Eine durch

den

den Richter geschieden, so ist der Andere zugleich mit geschieden, gleich wie beim Tode des Einen auch der Andere vom Ehebande befreiet wird. War der protestantische Ehegatte mit dem Urtheil des Richters nicht zufrieden, so hätte er es anfechten müssen, und wenn auch in einem katholischen Lande keine Abänderung des Urtheils und keine Scheidung möglich war, so würde dieß nur eine natürliche Folge davon seyn, daß ein protestantischer Ehegatte sich mit einem katholischen in die Ehe begab, und ein katholischer Richter über den Scheidungsantrag zu urtheilen hatte.

Wir sehen also:

1) der protestantische Richter scheidet, auf Begehren des unschuldigen Theils, wegen Ehebruchs u. s. w. auch den Katholiken. Auf separatio perpetua kann er gar nicht erkennen.

2) Umgekehrt ist es mit dem katholischen. Dieser kann nicht scheiden, sondern nur auf *separatio perpetua* erkennen. Er scheidet also auch nicht, auch den Protestanten nicht, folglich bleibt dieser in der Ehe, darf nicht wieder heirathen u. s. w.

Nach allgemeinen Grundsätzen versteht es sich endlich von selbst, wie das Urtheil eines jeden Richters, dem es von Rechtswegen zustand, in der Sache Richter zu seyn, überall als Gesetz gilt, nicht bloß in dem Lande, worin es gesprochen ist, sondern an allen Enden und Orten der ganzen gesitteten Welt, und wollte man ja in einem katholischen Lande dem Katholiken nicht erlauben, sich wieder zu verheirathen, so lange der durch ein protestantisches Gericht von ihm geschiedene Ehegatte lebt, so würde doch hier so wenig, wie in dem entgegengesetzten Fall, da nämlich ein katholischer Richter den Protestanten nicht geschieden, sondern in

perpetuum a thoro et mensa getrennt hat, die bereits vormals erörterte und abgeurtheilte Sache aufs Neue bei einem anderen Gericht zur Untersuchung und Entscheidung gebracht werden können, in der Absicht, ein anderes Urtheil zu erlangen, was den Grundsätzen dieses Gerichts gemäß sey. Vielmehr würde es in alle Wege bei demjenigen das Bewenden haben müssen, was über die Folgen des Ehebruchs u. s. w. von dem zuständigen Gericht einmal rechtskräftig entschieden worden ist.

---

## 5.

## Neuer und besserer Beweis in der Appellationsinstanz.

Eine Rose unter den Dornen nennen die alten Rechtsgelehrten, — doch nur in Vergleichung mit den übrigen Stellen dieses Titels, — eine Verordnung des Justinian, wornach es dem Appellanten und seinem Gegner erlaubt seyn soll, bei dem höheren Richter durch Anführung neuer Thatsachen und neuer Einreden, die sich auf den bisherigen Streit beziehen und darauf von Einfluß sind, seinen Zweck, ein günstigeres Urtheil zu erlangen, zu verfolgen, folglich neue factische Behauptungen aufzustellen und die aufgestellten, wenn es nöthig ist, zu beweisen, — nicht weniger, über Thatsachen, die er schon in der vorigen Instanz zu beweisen versucht hat, neuen und besseren Beweis zu führen [1]). Es sind zwei Wohlthaten, welche

[1]) *L. 4. C. de tempor. app.* Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationi-

die Rechtsgelehrten in dem beneficio nondum deducta deducendi und nondum probata probandi zu vereinigen pflegen. Der streitende Theil soll einmal neue Behauptungen aufstellen dürfen, um das vorige Urtheil umzustoßen und, beziehungsweise, aufrecht zu erhalten; — diese neuen Behauptungen dürfen freilich keine Veränderung der Klage oder des streitigen Gegenstandes enthalten, überhaupt den Streit nicht zu einem anderen machen; — nebenher soll er sie auch beweisen dürfen; er soll zweitens den früher bereits geführten Beweis der alten Thatsachen, der früheren Behauptungen vermehren, ergänzen dürfen. Die Verordnung macht dem guten Willen des Kaisers mehr, als seiner Einsicht Ehre. Seine Absicht war ohne Zweifel gut. Es sollte verhütet werden, daß keinem streitenden Theil in der Sache selbst zu nahe geschieht, und daher sollten Thatsachen, die früher nicht benutzt worden, jetzt noch zur Sprache gebracht, Beweise, die früher nicht gelungen, jetzt noch verbessert werden dürfen. Indessen soll doch bei einem Obergericht nicht eigentlich untersucht werden, ob einem streitenden Theil der Sache nach zu nahe geschieht, sondern, ob der Unterrichter ihm zu nahe, oder vielmehr, ob er, — nach dem, was ihm gegeben war, — unrecht gerichtet habe. Der

bus tam appellatori, quam adversae parti novis etiam adsertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriuntur, et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. Sed et si qua dicta quidem allegatio monstrabitur, vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacros cognituros sine procrastinatione praeberi potuerunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis jam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine.

Richter in der Appellationsinstanz soll über die Rechtmäßigkeit des Ausspruchs des Unterrichters, er soll über das Urtheil ein Urtheil fällen, und dabei kann nur die Beschaffenheit des Streits bei dem Unterrichter berücksichtigt werden; es kann nicht darauf ankommen, ob nicht der Unterrichter aus anderen Gründen ein anderes Urtheil hätte fällen müssen, sondern, ob das Urtheil aus den Gründen, die er dabei berücksichtigen konnte, gerecht war [2]). Muß nun gleich zum Behuf des neuen Ausspruchs die Sache aufs Neue untersucht werden, so muß doch deshalb der Proceß nicht von vorne wieder anfangen. Die nöthige Ordnung des gerichtlichen Verfahrens wird verletzt, die gesetzliche Stufenfolge der Richter bleibt unbeachtet und Nachlässigkeit und Versäumniß werden begünstigt, wenn man das, was bei dem Unterrichter vorzutragen Zeit und Ort war, nach dem Spruch — bei dem Oberrichter nachholen darf. Der Beweis der neuen Thatsachen konnte freilich dem nicht versagt werden, dem es erlaubt ward, sie in diesem Streit jetzt noch zu benutzen; er mußte ihm vielmehr freigelassen werden, — was nicht einmal ausdrücklich geschehen ist, sich aber ganz von selbst versteht, — nur die Aufstellung neuer Thatsachen selbst läßt sich nicht rechtfertigen. Auf allen Fall taugt sie so wenig, wie die wiederholte Beibringung von Beweisen für ältere Behauptungen bei dem Oberrichter, für unsern Proceß; denn

[2]) *L. 1. pr. D. de appellationibus et relationibus.* Appellandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe cum iniquitatem judicantium, vel imperitiam recorrigat, licet nonnunquam bene latas sententias in pejus reformet. Neque enim utique melius pronuntiat, qui novissimus sententiam laturus est.

Einreden, womit man einmal ausgeschlossen ist, zur Strafe ausgeschlossen ist, womit man dem Unterrichter nicht weiter kommen darf, mit denen darf man auch bei dem Oberrichter sich keine Hoffnung machen, Gehör zu finden. Ich sehe wenigstens nicht, wie die bloße Veränderung der Gerichtsstelle uns Rechte zurückgeben kann, die wir einmal verloren haben. Und Beweise kann man nicht weiter beibringen, wenn die Beweisfrist, die der römische Proceß übrigens nicht kannte, verstrichen ist; wenigstens muß man erst, aus triftigen Gründen, gegen den Ablauf der Beweisfrist in den vorigen Stand zurückversetzt seyn. Nichts desto weniger hat der Jüngste Reichsabschied die Verordnung Justinian's, die auch im canonischen Recht ihre Bestätigung findet, — denn nur bei der Appellation von einem Zwischenurtheil und bei der außergerichtlichen Appellation sind *facta nova* oder *de novo probanda* nicht zulässig [3]), — angenommen und sie sogar noch erweitert.

Indem ich nun meinem eigentlichen Zweck näher zu kommen suche, sehe ich mich genöthigt, bei jener zweiten Wohlthat, vermöge deren nämlich ein streitender Theil berechtigt ist, bei dem höheren Richter über ältere Behauptungen, die er schon früher zu beweisen gesucht hat, neuen und besseren Beweis zu führen, einen Augenblick zu verweilen. In dieser Hinsicht ist das römische Gesetz dunkel. Es scheint fast, daß dem Appellanten und seinem Gegner nicht der Gebrauch aller Beweismittel ohne Unterschied, sondern nur solcher verstattet sey, die ihm früher nicht zu Gebote standen. Und vielleicht sollte das Recht, mit neu

---

[3]) clem. 5. de appellat.

aufgefundenen Mitteln neuen Beweis zu führen, sich gar nur auf Urkunden beschränken, von welchen nur namentlich die Rede ist. Im J. R. A. [4]), der sich hier ausdrücklich auf das gemeine Recht beruft und die Vorschrift desselben wiederholen wollte, ist von solchen Einschränkungen nicht die Rede; er hat es allgemeiner verstanden.

Es ist wohl sehr die Frage, ob die hieher gehörigen Stellen des J. R. A. auf Fälle angewandt werden können, da durch das Gesetz oder den Richter eine Beweisfrist vorgeschrieben war; nach G. L. Böhmer wird das beneficium novae probationis durch den Ablauf der peremtorischen Beweisfrist, die das Particulargesetz vorgeschrieben hat, nicht aber durch den Ablauf der vom Richter vorgeschriebenen ausgeschlossen [5]). Aber, wenn man auch dem streitenden Theil jene Wohlthat ohne Unterschied einräumt, kann es doch damit — dieß ist das eigentliche Thema meiner jetzigen Untersuchung — nie so weit ausgedehnt werden, daß, wenn in der vorigen Instanz Beweis durch Zeugen geführt worden und dieser mißlungen oder unvollständig geführt ist, daß es dann dem Appellanten oder seinem Gegner erlaubt seyn sollte, durch Zeugen den besseren Beweis zu führen oder den geführten und mangelhaften vollständiger zu machen. Man hat zwar wohl das Gegentheil behauptet und sich dabei auf den §. 73. des J. R. A. berufen; allein schon Pufendorf zweifelte an der Richtigkeit dieser Behauptung [6]). Andere und ältere

---

4) §. 73. 74.

5) *G. L. Boehmer* princ. jur. can. §. 840.

6) *Pufendorf* obs. tom. 1. obs. 157. Ebenso Bülow und Hagemann pr. Erört. Th. 2. Erört. 22.

Rechtsgelehrte sprachen dem streitenden Theil ein solches Recht geradezu ab. Der Regel nach nicht, sondern nur aus besonderen und rechtmäßigen Gründen komme dem streitenden Theil, der durch Zeugen Beweis zu führen versucht hat, das Recht neuer Beweisführung durch Zeugen zu [7])

Gewiß ist es nie die Meinung des deutschen Gesetzgebers gewesen, das gemeine Recht und namentlich das canonische, dessen Sanction von der Unzulässigkeit des zweiten Zeugenverhörs über dieselben Artikel, nach geschehener Publication des ersten, neben derjenigen des römischen über die Zulässigkeit neuer Beweisführung in der Appellationsinstanz bestand, aufzuheben; wäre dieß die Meinung gewesen, würde es ausdrücklich geschehen seyn. Er wollte vielmehr nur das, was dem gemeinen Recht, worauf er sich, wie gesagt, ausdrücklich beruft, gemäß war, bestätigen. Vermöge der Regel: Lex posterior generalis non derogat priori speciali, muß der allgemeine Satz, daß eine neue oder bessere Beweisführung in der Appellationsinstanz zulässig ist, der speciellen weichen, daß, wenn der vorige Beweis durch Zeugen geführt ward, eine wiederholte Beweisführung gleichfalls durch Zeugen dann nicht weiter Statt findet, wenn das erste Zeugenverhör den streitenden Theilen schon bekannt geworden ist. Dieß zu bezweifeln, mögte vielleicht erlaubt seyn, wenn das canonische Recht die Zulässigkeit eines solchen zweiten Zeugenverhörs bloß im Allge-

---

[7]) *Struv.* syntagma Ex. 50. Lib. 50. tit. 6. §. 16. — novis probationibus uti, non tamen alios testes super iisdem vel contrariis articulis producere licet. *Lauterbach* Coll. theor. pract. Lib. 49. tit. 7. §. 6. *Mev.* P. 3. dec. 314. *G. L. Boehmer* princ. jur. can. §. 840. Mehlen, von der Appellation §. 23.

meinen verworfen hätte; es sagt aber mit dürren Worten, ein dergleichen zweites Zeugenverhör findet, unter den angeführten Umständen, auch in der Appellationsinstanz nicht Statt, weil Subornation nicht weniger in der Appellationsinstanz, wie in der unteren, zu besorgen ist; — was nun freilich, wenn Subornation überhaupt zu besorgen ist, eine ganz treffende Bemerkung ist. —

*clem.* 2. *de testibus.*

Testibus rite receptis, et eorum attestationibus publicatis, sicut non licet super iisdem vel directo contrariis articulis alios vel eosdem testes in principali causa producere, sic non debet in appellationis causa licere. Cum non minus in appellationibus, quam in principali causa subornatio sit timenda.

Was hier zweifelhaft seyn kann, ist bloß die Bedeutung, worin das canonische Recht von denselben Artikeln spricht. Nur über dieselben Artikel ist eine zweite Beweisführung durch Zeugen für unzulässig erklärt, nicht über andere. Es frägt sich also, was unter den Artikeln zu verstehen sey. Ohne Zweifel sind nicht die kurzen, zerstückelten Glieder des einen, den Zeugen fragweise vorzulegenden, langen Satzes — nicht das, was wir Artikel, Beweisartikel zu nennen pflegen, — darunter zu verstehen, denn was könnte uns wohl berechtigen, unseren Sprachgebrauch dem canonischen Recht unterzuschieben? Es würde auch in der That sehr leicht seyn, andere Artikel in diesem Sinn zu bilden und auf solche Art das Gesetz zu umgehen. Man dürfte ja nur den Inhalt der vorigen in andere Worte einkleiden. Gleichwohl ist jener

Aus-

Ausdruck von Einzelnen so verstanden [8]) und, wie ich glaube, so mißverstanden worden.

Viel eher könnte man den Ausdruck Artikel für factische Umstände nehmen. Man könnte glauben, nur über dieselben besonderen Umstände dürfe kein neues Zeugenverhör angestellt werden, über andere sey es erlaubt. Auch auf diese Art hat man die Stelle des canonischen Rechts verstanden [9]). Allein, auch hier haben die Ausleger, wie es mir scheint, den wahren Sinn der Stelle des canonischen Rechts verfehlt. Dieß scheint schon aus folgendem Umstande hervor zu gehen. Das canonische Recht sagt ausdrücklich, es sey nicht erlaubt, testes super iisdem articulis abzuhören, und zwar nicht alios testes und nicht *eosdem*. Nun könnte es aber von selbst Niemanden einfallen, ohne besondere Veranlassung dieselben Zeugen ganz über dieselben Umstände noch einmal abhören zu lassen. Ich sage: ohne besondere Veranlassung; dieß wird hier vorausgesetzt; denn, ist diese vorhanden, darf es auch jetzt geschehen.

Jene *articuli* bedeuten hier, nach meinem Ermessen, dieselben Thatsachen, die das eigentliche *thema probandum* ausmachten, die allgemeinen Behauptungen, die als Gründe von Klagen und Einreden aufgestellt waren, die bereits gebrauchten *fundamenta agendi* und *excipiendi*, und stehen hier im Gegensatz von neuen Behauptungen, die früher noch nicht aufgestellt und kein Gegenstand des Beweises waren, nun aber nachgeholt, folg-

---

8) *Pufendorf* obs. jur. un. tom. 1. obs. 157. Mehlen, von der Appellation. §. 23.

9) *Pufendorf* obs. jur. un. tom. 3. obs. 109.

lich auch nöthigen Falls bewiesen werden dürfen, und zwar auch durch Zeugen bewiesen werden dürfen, obgleich in dieser Sache über die alten Thatsachen schon einmal ein Zeugenverhör Statt gefunden hat. Der kurze Inhalt der Clementina ist also: der streitende Theil darf auch in der Appellationsinstanz denselben, von ihm bereits durch Zeugen versuchten, Beweis nicht aufs Neue durch Zeugen zu führen suchen, noch der Gegner das Directo-Contrarium, also — einen Gegenbeweis. Das canonische Recht besorgt nämlich, daß der streitende Theil, welcher einmal weiß, was die abgehörten Zeugen ausgesagt haben, diese Kenntniß benutzen werde, die abzuhörenden zu unterrichten, was und wie sie aussagen sollen, damit die neue Aussage mit der alten zusammenstimmen und ein ihm vortheilhaftes Resultat gewähren möge. Ist diese Besorgniß, wie das canonische Recht nun einmal annimmt, keine leere, so ist sie, wenn auch in verschiedenen Abstufungen, vorhanden, nicht bloß, wenn es dieselben besonderen Umstände sind, sondern, wenn es auch nur dieselbe Thatsache überhaupt, z. B. die geleistete Zahlung ist, worauf beide Aussagen sich beziehen, nicht aber, wenn jede eine ganz neue, fremdartige zum Inhalt hat.

Es geht mich hier nichts an, daß die bloße Besorgniß einer möglichen Subornation kein zureichender Grund seyn kann, ein Zeugniß zu verwerfen, oder vielmehr den Zeugen gar nicht abzuhören, sondern das Daseyn einer wirklichen Subornation müßte doch erst behauptet und die behauptete bewiesen werden, und selbst dann würde es noch sehr die Frage seyn, ob in diesem Fall die Subornation auf das abgelegte Zeugniß von Einfluß gewesen sey; denn ich

schreibe keine Apologie des canonischen Rechts, sondern beschränke mich darauf, es darzustellen, wie es ist.

---

## 6.

## Ueber das Recht, unter mehreren Strafen zu wählen.

Leyser [1]) behauptet, nach der allgemeinen, keinen Unterschied statuirenden Regel: In alternativis debitoris est electio [2]), habe unter mehreren *alternatim* vorgeschriebenen Strafen der Verbrecher die Wahl. Er habe sie nur dann nicht, wenn die Worte des Gesetzes an den Richter gerichtet sind. Sind sie an den Richter gerichtet, so habe der Richter zu wählen, und eben dieß gelte auch, wenn die Worte eines eingeholten, mehrere Strafen alternatim vorschreibenden Urtheils an den Richter gerichtet sind.

Die Meinung Leyser's scheint nicht gegründet zu seyn. Sind die Worte des Gesetzes oder Urtheils an den Richter gerichtet, so hat der Richter freilich die Wahl; allein, auch wenn sie nicht an ihn gerichtet sind, hat er sie gleichfalls. Er hat sie nur dann nicht, wenn dem Verbrecher ausdrücklich die Wahl beigelegt ist, wie in dem Beispiel, was Leyser anführt, geschehen war, welches kein guter Gesetzgeber nachahmen wird. Mit jener Regel: In alternativis debitoris est electio, bezieht es sich bloß auf Verhältnisse des Privatrechts, da nämlich derjenige, welcher schuldig ist, das eine Object oder das andere zu geben, seiner Verbindlichkeit ein Genüge leistet, wenn er eins von beiden gibt, es sey,

---

[1]) spec. 644 med. 6 sq. | [2]) cap. 70. de reg. jur. in 6to.

welches es wolle. Auf die Strafe läßt sich dieß nicht anwenden. Hier kann man nicht sagen, der Verbrecher sey schuldig, die eine oder die andere Strafe zu leiden, sondern der Richter dürfe ihm die eine oder die andere zuerkennen. Strafe ist etwas, wobei nichts von der Willkühr des Missethäters abhängen kann; sie ist ein vom Verbrecher wider seinen Willen zu erduldendes Uebel, was ihm vermöge des Gesetzes der Richter auflegt, dessen Beschaffenheit und Größe nicht der Verbrecher, sondern der Richter bestimmen soll. Wenn das Gesetz mehrere Strafen anordnet, von denen eine angewandt werden soll, so will es ohne Zweifel nicht, daß der Verbrecher sich eine darunter aussuchen soll, die unter den verschiedenen Uebeln für ihn das kleinste ist, und er daher am wenigsten ungern erleidet, sondern der Richter soll diejenige auswählen, von welcher er glaubt, daß sie nach den jedesmaligen Umständen am angemessensten sey.

Berlin, gedruckt bei A. W. Hayn.

# Verbesserungen.

## I. Im vierten Theil.

### Erste Abtheilung.

Seite

48 Z. 6 von oben statt Schuldner lies Schuldners.
53 Z. 13 v. o. st. Anspruch l. Ausspruch.
58 Z. 10 v. o. st. pignori l. pignore.
59 Z. 5 v. o. st. angegangen l. ergangen.
— Z. 10 v. o. st. keine l. keinen.
149 Z. 15 v. o. st. den Pächter l. dem Pächter.
152 Z. 12 v. o. st. baaren l. baarem.
— In der Note 9. Z. 4 v. u. st. J. a Costae l. J. a Costo.

### Zweite Abtheilung.

50 Z. 2 v. unten ist nach den Worten: Beweismittel sind, noch hinzuzufügen: Ja, das canonische Recht lehrt ausdrücklich: *Probatio autem testibus et fide tabulorum constat. c.* 10. *X. de Verb. Sign.*
54 Z. 15 v. o. st. diesen Mitteln l. diesem Mittel.

## II. Im fünften Theil.

### Erste Abtheilung.

18 Z. 10 v. o. ist das non zu vertilgen.
21 Z. 5 v. u. in der Note st. Kleinigkeit l. Kleinlichkeit.
57 Z. 6 v. u. st. Schuldnern l. Gläubigern.
62 Z. 4 v. u. st. interpelatus l. interpellatus.
66 Z. 12 v. u. in der Note ist nach adjicitur hinzuzufügen: *L.* 186. *D. eod.*
72 Z. 9 v. u. in der Note st. Marmann l. *Meermann.*
144 Z. 1 v. u. ist das (;) zu vertilgen und ein (,) dafür zu setzen.
147 Z. 3 v. u. st. heir l. hier.

BSB Bayerische StaatsBibliothek

MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Gesterding, Franz C.,

Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien

Bd.: 5,2

Greifswald (1836)

J.rom.m. 222 n-5,2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10566696-8